

JORGE RENATO DOS REIS
GRACE KELLEN DE FREITAS PELLEGRINI
JÚLIA BAGATINI
(ORGANIZADORES)

O DIREITO DE AUTOR E O INTERESSE PÚBLICO

*AS INTER-RELAÇÕES
ENTRE O
PÚBLICO E O PRIVADO*

ISBN 978-85-86265-67-9

 MULTIDEIA
editora

Multideia Editora Ltda.
Alameda Princesa Izabel, 2.215
80730-080 Curitiba – PR
+55 (41) 3339-1412
editorial@multideiaeditora.com.br

Conselho Editorial

Marli Marlene M. da Costa (Unisc)	Luiz Otávio Pimentel (UFSC)
André Viana Custódio (Unisc/Avantis)	Orides Mezzaroba (UFSC)
Saete Oro Boff (Unisc/IESA/IMED)	Sandra Negro (UBA/Argentina)
Carlos Lunelli (UCS)	Nuria Bellosso Martín (Burgos/Espanha)
Clovis Gorczewski (Unisc)	Denise Fincato (PUC/RS)
Fabiana Marion Spengler (Unisc)	Wilson Engelmann (Unisinós)
Liton Lanes Pilau (Univalli)	Neuro José Zambam (IMED)
Danielle Annoni (UFSC)	

Coordenação editorial e revisão: Fátima Beghetto
Projeto gráfico e capa: Sônia Maria Borba

CPI-BRASIL. Catalogação na fonte

-
- Reis, Jorge Renato dos (org.)
R375 O direito de autor e o interesse público: inter-relação entre o público e o privado [recurso eletrônico] / organização Renato dos Reis, Grace Kellen de Freitas Pellegrini, Júlia Bagatini – Curitiba: Multideia, 2013
196p.; 23 cm
- ISBN 978-85-86265-67-9
- Modo de acesso:
https://web681.uni5.net/~multideiaeditora/ebookpdf/direito_autor_interesse_publico.pdf

1. Direito autoral. I. Pellegrini, Grace Kellen de Freitas (org.). II. Bagatini, Júlia (org.). III. Título.

CDD 346.0482(22.ed)
CDU 347.78

É de inteira responsabilidade do autor a emissão de conceitos.
Autorizamos a reprodução dos conceitos aqui emitidos, desde que citada a fonte.
Respeite os direitos autorais – Lei 9.610/98.

JORGE RENATO DOS REIS
GRACE KELLEN DE FREITAS PELLEGRINI
JÚLIA BAGATINI
(ORGANIZADORES)

**O DIREITO DE AUTOR E
O INTERESSE PÚBLICO**

*AS INTER-RELAÇÕES
ENTRE O
PÚBLICO E O PRIVADO*

Curitiba



2013

APRESENTAÇÃO

A reflexão que se faz nos artigos que seguem refere-se à ideia do direito do autor a partir da Constitucionalização do Direito Privado. Neste sentido, verifica-se que o Direito Privado passou por modificações profundas, as quais desencadearam a perda da visão exclusiva de proteção individual, passando a buscar a solidarização dos seus institutos. Tal efeito não fez com que este ramo do Direito se desconfigurasse, mas, sim, que adquirisse novos contornos.

O ordenamento jurídico brasileiro, a partir da Constituição Federal, passou por um processo de reajustamento. O Código Civil, assim como as demais leis civilísticas esparsas, deixaram de ser o centro normativo das relações entre particulares, determinando que a Constituição com seus princípios passassem a ocupar esse espaço. A proteção patrimonial presente no sistema liberal foi substituída pela proteção da dignidade da pessoa humana.

Nesse contexto, o Direito de Autor, enquanto espécie do gênero Direito Privado, não pode ficar alheio a esse processo de repersonalização e solidarização. Entretanto, ao contrário dos demais institutos do Direito Privado, o que se verifica, ainda, é a sua manutenção com uma visão patrimonialista e individualista.

Daí a necessidade de uma releitura do Direito de Autor, à luz dos preceitos determinados na Lei Maior, pois os direitos fundamentais, dentro de uma nova hermenêutica, passam, obrigatoriamente, a fazer parte da regulação das relações privadas, o que implica uma leitura completamente nova do sentido das normas autoralistas, levando-se em conta os princípios constitucionais definidores de direitos e garantias fundamentais.

Frente a essa realidade, o Grupo de Estudos de Direito de Autor, ligado ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD), Mestrado e Doutorado, da Universidade de Santa Cruz do Sul, vinculado ao Conselho Nacional de Pesquisa (CNPq), busca estabelecer a reflexão acerca do Direito de Autor frente aos ideais do Constitucionalismo Contemporâneo.


Nesse sentido, os trabalhos apresentados nesta obra são fruto dos debates e ponderações realizadas nos encontros semanais do Grupo de Estudos do Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo e objetivam dar subsídios às reflexões de acadêmicos, operadores do Direito, de um modo geral, e autoristas, de modo especial, a fim de se construir um novo paradigma para o Direito de Autor, preocupado em atender, também, além dos interesses do titular do direito de autor, na condição de originário ou derivado, os interesses públicos/coletivos direcionados pelos direitos fundamentais de informação, cultura e educação.

Jorge Renato dos Reis

*Coordenador do Grupo de Estudos de
Direito de Autor no Constitucionalismo
Contemporâneo, vinculado ao Programa
de Pós-Graduação – Mestrado e
Doutorado em Direito da Universidade
de Santa Cruz do Sul*

A INTERNET E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE AS SUAS INTER-RELAÇÕES	9
<i>Vinicius Cassio Swarowski</i>	
A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS AUTORAIS NO BRASIL.....	29
<i>Helenara Braga Avancini</i>	
INTERSECÇÕES JURÍDICAS DO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO: UMA ANÁLISE DO DIREITO DE AUTOR.....	45
<i>Júlia Bagatini & Miguel Genildo Greiner</i>	
DIREITO EXTRAPATRIMONIAL DO AUTOR: O 'SER' SOBREPONDO-SE AO 'TER'	61
<i>Michele Braun & Luiz Gonzaga Silva Adolfo</i>	
O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS DE DIREITO DE AUTOR.....	79
<i>Ana Paula Pinto da Rocha & Arthur Felipe Gressler</i>	
SOFTWARE: PROTEÇÃO JURÍDICA E PENALIDADES APLICÁVEIS.....	97
<i>Paulo Renato de Moraes Silva</i>	
O CREATIVE COMMONS COMO FOMENTADOR DO CONHECIMENTO.....	115
<i>Augusto Rostirolla & Eduarda Simonetti Pase</i>	
O DOMÍNIO PÚBLICO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E UM COMPARATIVO COM A LEGISLAÇÃO URUGUAIA.....	131
<i>Jorge Renato dos Reis & Grace Kellen de Freitas Pellegrini</i>	
O SANCIONAMENTO DO DIREITO DE AUTOR NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O QUESTIONAMENTO ACERCA DA REAL (DES)NECESSIDADE PUNITIVA	147
<i>Felipe da Veiga Dias & Merycler Marquette Capalonga</i>	

UM PANORAMA GERAL SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL.....	159
<i>Salete Oro Boff & Adam Hasselmann Teixeira</i>	
LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL CLAUSTRO UNIVERSITARIO.....	177
<i>Carlos Alejandro Cornejo Guerrero</i>	



A INTERNET E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE AS SUAS INTER-RELAÇÕES

Vinicius Cassio Swarowski

Graduando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul. Integrante dos Grupos de Estudos “Direito do Autor” e “Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado”, ambos coordenados pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Integrante e pesquisador do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

Contato: vcswarowski@gmail.com.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.
2. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: ASPECTOS INICIAIS.
3. A INTERNET: SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEU PAPEL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.
4. A INTERNET E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE AS SUAS INTER-RELAÇÕES.
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
 - REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca desenvolver a ideia da nova sociedade da informação, seus aspectos históricos, conceituais e evolutivos. Com a tecnologia se remodelando o tempo todo, a cada dia surgem novos eletrônicos mais potentes e modernos capazes de desempenhar inúmeras funções, causando incertezas na hora da compra por medo de tornar-se ultrapassado em pouco tempo. E o pior de tudo é que, na maioria dos casos, o imenso conteúdo disponibilizado não é aproveitado, por ser muito complexo e por não ter instruções técnicas adequadas para o uso. Esse processo de renovação traz grandes modificações nos aspectos culturais, sociais e econômicos.

Se utilizarmos a internet como exemplo, é notório o desenvolvimento com o advento da sua criação, pois surgiu um novo patamar social. A comunicação presencial que até então era o principal meio utilizado passou a ser substituído por redes *online*, que são acessíveis em qualquer lugar onde exista uma conexão virtual. Tal fenômeno chamado internet construiu novo modelo de sociedade, na qual a informação é mais rápida, eficaz e com acervo disponível sobre qualquer conteúdo possível de ser imaginado. Mas até que ponto essa transformação é benéfica para a sociedade? Quais são as características dessa incrível ferramenta? Como a sociedade reage a essas tecnologias?

Essas serão as questões refletidas e analisadas neste estudo, que iniciará com a abordagem sobre os aspectos iniciais da sociedade da informação. Após, serão tecidas considerações acerca da internet, sua evolução e papel na sociedade. E, por fim, a inter-relação da internet com a sociedade da informação.

2 SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: ASPECTOS INICIAIS

A partir da revolução tecnológica, a sociedade mudou seu comportamento e começou a se estruturar em uma era informativa. O compartilhamento de informação fez com que as regiões se conectassem e estabelecessem um novo meio de comunicação. Assim, como ponto de partida, o estudo inicialmente estabelece uma abordagem histórica, com o fito de situar o leitor.

Muitas foram as descobertas que modificaram a estrutura comunicacional de cada época. Ao se analisar a história da comunicação, pode-se destacar o telefone, inventado por Bell em 1876, e o rádio, por Marconi em 1898, que, sem dúvida, são grandes invenções. Porém, se analisarmos as escalas com que elas atingiram a sociedade, nenhuma se compara aos componentes eletrônicos desenvolvidos a partir de 1970. Conforme Castells,

[...] foi durante a Segunda Guerra Mundial e no período seguinte que se deram as principais descobertas tecnológicas em eletrônica: o primeiro computador programável e o transistor, fonte da microeletrônica, o verdadeiro cerne da revolução da tecnologia da informação no século XX.¹

Essa revolução é tão significativa que impactou diretamente a economia mundial, muitas empresas cresceram em níveis astronômicos investindo nesse campo tecnológico, as quais até hoje são pioneiras em lançamentos de produtos cada vez mais interativos e avançados. Para ter uma ideia do quanto essa descoberta resultou economicamente para essas empresas, segue trecho da obra de Castells citando uma destas que mais cresceu e que hoje é uma das maiores do mundo: “lançada em 1976, com três sócios e um capital de US\$ 91 mil, a Apple Computers alcançou em 1982 a marca de US\$ 583 milhões em vendas, anunciando a era da difusão do computador”².

Sem dúvida, o marco inicial do que atualmente se chama “sociedade da informação”³, ou, como Castells denomina, Sociedade em

¹ CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Mayer, com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 79.

² *Idem*, p. 79-80.

³ Segundo Adolfo: Num segundo plano, não há como negar que a tecnologia é o grande elemento da sociedade contemporânea nas mais variadas áreas de conhecimento e de atuação. No Direito Autoral, a grande novidade também é chamada “Sociedade da Informação”. Embora haja quem discorde da expressão, como Ascenção, para quem “Sociedade da Informação” não é um conceito técnico: é um slogan, e entende que, desta forma, seria mais adequado chamá-la “Sociedade da Comunicação”, já que o que se pretende impulsionar é a comunicação, e somente num sentido lato poderia ser qualificada toda mensagem coma informação, não há dúvidas de que hoje esta expressão tem variantes e inúmeros pensadores das mais diversas áreas utilizam expressões próprias para designar esta realidade, sempre, porém, enfatizando seus principais aspectos. É o

Rede, nasce nesse período. Mas o grande sucesso dessa revolução tecnológica tem um fator decisivo, que na evolução histórica da sociedade não aconteceu, qual seja, a transmissão de todo conhecimento. Segue abaixo a passagem na qual Castells demonstra esse sucesso:

[...] o contato entre civilizações de níveis tecnológicos diferentes frequentemente provocava a destruição da menos desenvolvida ou daquelas que quase não aplicavam seus conhecimentos à tecnologia bélica, como no caso das civilizações americanas, aniquiladas pelos conquistadores espanhóis, às vezes mediante guerras biológicas eventuais. Ao contrário, as novas tecnologias da informação difundiram-se pelo globo com a velocidade da luz em menos de duas décadas, entre meados dos anos 70 e 90, por meio de uma lógica que, a meu ver, é a característica dessa revolução tecnológica: a aplicação imediata no próprio desenvolvimento da tecnologia gerada, conectando o mundo através da tecnologia da informação.⁴

Outros fatores também influenciaram essa revolução, principalmente a maneira como passou a ser aplicada pelos cientistas. Castells diz que a característica da revolução tecnológica é a aplicação de todo conhecimento e informação para gerar dispositivos que transmitam esse conhecimento, a ideia de centralização e concentração dá lugar a um ciclo de inovação e uso de informação.

Para a época, toda essa mudança gerou certo entusiasmo no campo da pesquisa tecnológica e isto contribuiu para a sua ampliação em todos os campos. Gonzaga diz:

caso de Mattelart, que parte da expressão “Sociedade Global da Informação” para, posteriormente, contextualizar sua origem em 1975, quando surgiu nos organismos internacionais, primeiramente na Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que à época agrupava os 24 países mais ricos do mundo, a partir de então ganhando utilização freqüente em instituições públicas e privadas, como no Conselho dos Ministros da Comunidade Européia, que quatro anos após a utilizou como palavra-chave de um programa experimental quinquenal (FAST – Forecasting and Assessment in the Field of Science and Technology) que se iniciou no ano seguinte. (ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 225-226)

⁴ CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Mayer, com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 70.

[...] a nova realidade configura-se da virtualização que afeta não somente a informação e a comunicação, como também os corpos, o funcionamento econômico, os quadros coletivos da sensibilidade ou o exercício da inteligência.⁵

Castells também vê essa expansão e complementa dizendo o porquê desse crescimento, e menciona que

[...] o processo atual de transformação tecnológica expande-se exponencialmente em razão de sua capacidade de criar uma interface entre campos tecnológicos mediante uma linguagem digital comum na qual a informação é gerada, armazenada, recuperada, processada e transmitida.⁶

Visto esta breve introdução sobre a parte história da sociedade da informação, dar-se-á continuidade apresentando conceitos e interpretando seu significado nos tempos modernos. A primeira análise que pode ser feita é quanto ao surgimento do termo sociedade da informação. Para isto, cita-se Mattelart, o qual fundamenta que:

[...] essa noção de sociedade da informação se formaliza na sequência das máquinas inteligentes criadas ao longo da Segunda Guerra Mundial. Ela entra nas referências acadêmicas, políticas e econômicas a partir do final dos anos 1960. Durante a década seguinte, a fábrica que produz o imaginário em torno da nova “era da informação” já funciona a pleno vapor.⁷

Cada autor utiliza a expressão que acredita ser a mais conveniente com o seu estudo. Conforme exposto anteriormente, Castells utiliza a expressão “Sociedade em rede” para esta nova era da informação. Referido conceito fundamenta sua pesquisa, eis que toma por base a rede como a central de todo o sistema, e a explica dizendo que essas

⁵ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 226.

⁶ CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Mayer, com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 68.

⁷ MATTELART, Armand. *História da sociedade da informação*. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2002. p. 8.

[...] redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura.⁸

Os processos de transformação social sintetizados no tipo ideal de sociedade em rede ultrapassam a esfera de relações sociais e técnicas de produção: afetam a cultura e o poder de forma profunda. As expressões culturais são retiradas da história e da geografia e tornam-se predominantemente mediadas pelas redes de comunicação eletrônica que interagem com o público e por meio dele em uma diversidade de códigos e valores, por fim incluídos em um hipertexto audiovisual digitalizado⁹.

Independentemente da nomenclatura utilizada, essa comunicação virtual exercida pela sociedade cria um mundo novo chamado ciberespaço. Para Lévy, o ciberespaço, além de ser toda a infraestrutura material da comunicação digital, representa também um universo de informações armazenadas a ela. É por ela que surge o novo meio de comunicação mediante uso de computadores. Como característica desse ciberespaço, Pierre define da seguinte maneira:

Esse novo meio tem a vocação de colocar em sinergia e interfaciar todos os dispositivos de criação de informação, de gravação, de comunicação e de simulação. A perspectiva da digitalização geral das informações provavelmente tornará o ciberespaço o principal canal de comunicação e suporte de memória da humanidade a partir do início do próximo século.¹⁰

Esse ciberespaço ganha campo de modo mais fácil geralmente pela sociedade jovem, que adere facilmente ao mundo virtual, sendo que, para Lévy, essa juventude seria o maestro da enorme orquestra que é a coletividade. E explica o porquê dessa importância dizendo:

⁸ CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Mayer, com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 565.

⁹ *Idem*, p. 572.

¹⁰ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 2000. p. 95.

[...] a cibercultura é a expressão da aspiração de construção de um laço social, que não seria fundado nem sobre links territoriais, nem sobre relações institucionais, nem sobre as relações de poder, mas sobre a reunião em torno de centros de interesses comuns, sobre o jogo, sobre o compartilhamento do saber, sobre a aprendizagem co-operativa, sobre processos abertos de colaboração. O apetite para as comunidades virtuais encontra um ideal de relação humana desterritorializada, transversal, livre. As comunidades virtuais são os motores, os atores, a vida diversa e surpreendente do universal por contato.¹¹

Então, finalizando estes aspectos iniciais, percebe-se uma grande evolução tecnológica como centro das relações, interligada em diversas áreas. Principalmente a comunicacional, pois esta foi revolucionária. E, por fim, a criação de um ambiente que armazena os dados e serve de base dessa comunicação virtual. Do exposto, passe-se para análise da internet como servidor dessas relações.

3 A INTERNET: SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E SEU PAPEL NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

De acordo com os dados citados anteriormente, o desenvolvimento da internet aconteceu durante a Segunda Guerra Mundial. Essa ferramenta criada para fins militares, segundo Castells, teve origem nas pesquisas da Agência de Projetos de Pesquisa Avançada (ARPA), do Departamento de Defesa dos Estados Unidos da América, o qual não demorou muito para lançar a primeira rede. Tal fato ocorreu em 1º de setembro de 1969, com o nome de ARPANET, em homenagem ao Instituto.

Desse período em diante, a internet começou a adquirir maior número de pesquisadores e, em razão disso, sua capacidade estava em constante crescimento. Surgiu, assim, em pouco tempo, novos produtos que davam suporte a essa conexão, como, por exemplo, o *Java*, o *world wide web* e o *http*. Assim, a sociedade foi ficando cada vez mais dependente dessas tecnologias, o que permite duas análises

¹¹ LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 2000. p. 133.

críticas sobre as redes, ou seja, os prós e os contras desse meio de comunicação. Castells aduz:

[...] por um lado, a formatação de comunidades virtuais, baseadas sobretudo em comunicação on-line, foi interpretada como a culminação de um processo histórico de desvinculação entre localidade e sociabilidade na formação da comunidade: novos padrões, seletivos, de relações sociais substituem as formas de interação humana territorialmente limitadas. Por outro lado, críticos da internet, e reportagens da mídia, por vezes baseando-se em estudos de pesquisadores acadêmicos, sustentam que a difusão da internet está conduzindo ao isolamento social, a um colapso da comunicação social e da vida familiar, na medida em que indivíduos sem face praticam uma sociabilidade aleatória, abandonando ao mesmo tempo interações face a face em ambientes reais.¹²

Para Dominique Wolton, ainda não foram distinguidos todos os efeitos que tais tecnologias trazem em seu corpo. Em trecho de sua obra, relata que

[...] as novas tecnologias se beneficiam de uma publicidade, em todas as direções, há uns quinze anos, como nenhuma outra atividade social, política, esportiva ou cultural. Paradoxalmente, quase ninguém ousa criticá-las, nem questionar se por um lado elas merecem um tal lugar no espaço público, nem se, por outro lado, elas significam um progresso a tal ponto incontestável que justifique o clamor incessante pela imperiosa necessidade de “modernização”.¹³

Apesar de a mídia elevar a internet de tal maneira a torná-la um objeto intocável, sagrado, ninguém se pergunta se esta merecia estar em tal patamar, como se ela fosse o único meio que o ser humano tem de buscar informação. Enquanto isso, as redes sociais se expandem num piscar de olhos. Segundo Castells,

¹² CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Mayer, com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005. p. 98.

¹³ WOLTON, Dominique. *Internet, e depois? Uma teoria crítica das novas mídias*. Tradução de Isabel Crossetti. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 84.

[...] cada vez mais, as pessoas estão organizadas não simplesmente em redes sociais, mas em redes sociais mediadas por computador. Assim, não é a internet que cria um padrão de individualismo em rede, mas seu desenvolvimento que fornece um suporte material apropriado para a difusão do individualismo em rede como a forma dominante de sociabilidade. O individualismo em rede é um padrão social, não um acúmulo de indivíduos isolados.¹⁴

Passando para outro aspecto da internet, sendo ela benéfica ou não, o fato é que o número de adeptos é crescente: todo tipo de informação, de qualquer lugar do globo, passa pela rede. Esse é o quadro que se tem atualmente. E, ainda em Castells, temos:

[...] mas a internet é mais que um mero instrumento útil a ser usado porque está lá. Ela se ajusta às características básicas do tipo de movimento social que está surgindo na era da informação. E como encontraram nela seu meio apropriado de organização, esses movimentos abriram e desenvolveram novas avenidas de troca social, que, por sua vez, aumentaram o papel da internet como sua mídia privilegiada.¹⁵

Comunicar-se mediante o uso da internet, hoje, torna-se quase essencial, pois é possível criar uma área de comunicação em um mesmo local na rede. Qualquer dificuldade que se tenha para ir a determinado local, seja na mesma cidade ou cidade vizinha, extingue-se com a conexão e, por isso, torna-se para muitos um meio mais rápido e acessível de resolver seus problemas, tanto na esfera pessoal como na profissional. E, para confirmar essa utilização da comunicação *online*, Castells salienta que,

[...] por causa da flexibilidade e do poder de comunicação da internet, a interação social on-line desempenha crescente papel na organização social como um todo. As redes on-line, quando se estabilizam em sua prática, podem formar comunidades, comunidades virtuais, diferentes das físicas, mas não necessaria-

¹⁴ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Rita Espanha. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003. p. 110.

¹⁵ *Idem*, p. 115.

mente menos intensas ou menos eficazes na criação de laços e na mobilização. Além disso, o que observamos em nossas sociedades é o desenvolvimento de uma comunicação híbrida que reúne lugar físico e ciber lugar (para usar a terminologia de Wellman) para atuar como suporte material do individualismo em rede.¹⁶

Mas, como a internet não é perfeita, há contrapontos quanto ao seu uso. Muitos autores, ao falarem sobre o assunto, também enfocam a pesquisa no psicológico, devido ao vício que essa ferramenta traz ao usuário. Vício no sentido de não ser capaz de desconectar do mundo virtual e voltar à realidade. Um desses autores é Wolton, o qual fundamenta sua teoria arguindo que

[...] as dimensões psicológicas são de fato essenciais na atração pelas novas tecnologias, pois estas vêm ao encontro do profundo movimento de individualização de nossa sociedade. Elas simbolizam a liberdade e a capacidade de dominar o tempo e o espaço, um pouco como os automóveis nos anos 30. Três palavras são essenciais para compreender o sucesso das novas tecnologias: autonomia, domínio e velocidade.¹⁷

Portanto, a sociedade deve aprender a utilizar de maneira adequada a ferramenta, observar sua função social, e não apenas, como diz Wolton, “usar o número de computadores conectados na rede como índice de desenvolvimento do País ou até mesmo de inteligência”¹⁸. É preciso usá-la com sabedoria, ou seja, entender como interagir para não sucumbir na própria criação. Castells também acredita que é preciso mudar o aprendizado para essa tecnologia ser aproveitada, e acrescenta:

Além disso, o aprendizado baseado na internet não é apenas uma questão de competência tecnológica: um novo tipo de educação é exigido tanto para se trabalhar com a internet quanto para se desenvolver capacidade de aprendizado numa economia e numa

¹⁶ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Rita Espanha. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003. p. 110.

¹⁷ WOLTON, Dominique. *Internet, e depois? Uma teoria crítica das novas mídias*. Tradução de Isabel Crossetti. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007. p. 86.

¹⁸ *Idem*, p. 84-85.

sociedade baseada nela. A questão crítica é mudar do aprendizado para o aprendizado-de-aprender, uma vez que a maior parte da informação está on-line e o que é realmente necessário é a habilidade para decidir o que procurar, como obter isso, como processá-lo e como usá-lo para a tarefa específica que provocou a busca de informação. Em outras palavras, o novo aprendizado é orientado para o desenvolvimento da capacidade educacional de transformar em informação e conhecimento em ação.¹⁹

E junto com esse aprendizado também está relacionada a forma como se utilizam as informações. Devem-se respeitar os direitos sobre tais obras que são disponibilizadas. Respeito no sentido de que não se cometam atos que prejudiquem os autores e suas obras, qual seja, cópias, distribuições ou modificações indevidas. Hoje, a pirataria é um dos problemas que afrontam a legislação atual de direito autoral, que será vista com mais ênfase no título seguinte.

4 INTERNET E SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO: NOTAS INTRODUTÓRIAS SOBRE AS SUAS INTER-RELAÇÕES

Quando se fala em sociedade da informação e sua inter-relação, abrem-se as portas para todas as áreas do conhecimento. Seja ela comunicação, direito, publicidade. Dessa forma, a rede virou o maior desejo da sociedade, e muitos se aproveitam dela para lucrar.

Na coevolução da internet e da sociedade, a dimensão política de nossas vidas esta sendo profundamente transformada. O poder é exercido antes de tudo em torno da produção e difusão de nós culturais e conteúdos de informação. O controle sobre redes de comunicação torna-se a alavanca pela qual interesses e valores são transformados em normas condutoras do comportamento humano. Esse movimento se processa, como em contextos históricos anteriores, de maneira contraditória. A internet não é um instrumento de liberdade, nem tampouco a arma de uma dominação unilateral.²⁰

¹⁹ CASTELLS, Manoel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Rita Espanha. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003. p. 212.

²⁰ *Idem*, p. 135.

Serão analisadas na pesquisa algumas dessas inter-relações. A primeira que se pode mencionar é o econômico, o consumo. Com o conhecimento mais avançado na computação e se utilizando de um raciocínio muito apurado, é possível utilizar os dados que a rede dispõe para esquematizar perfis sem muito esforço. Um exemplo disso é encontrado nas palavras de Baker, na obra “Numerati”, na qual ele diz que

[...] com a computação moderna não seria tão difícil organizar milhares, ou mesmo milhões, de nossos hábitos nas compras de supermercado em grupos de quatro semelhantes. Serão arbitrários, como no censo ou nas categorias dos formulários de seguro. O objetivo, porém, não é modelar com precisão uma pessoa inteira, mas decodificar os padrões do comportamento humano.²¹

Nesse caso, estar-se-ia traçando um perfil de acordo com os itens comprados e registrados no caixa; com tal informação, que é repassada para uma central, o supermercado poderia ver quais são os produtos que o cliente compra e assim tentar lhe oferecer outros produtos da mesma classe, estimulando o consumo. Essa lógica, segundo Baker, está sendo aplicada em diversos estabelecimentos, sejam eles físicos ou por *sites*. O objetivo final será sempre instigar o cliente a consumir, com ofertas apresentadas de acordo com o perfil encontrado.

Mas, também, há alguns problemas em relação a esse sistema. Primeiro, os excluídos, que não conseguem pagar pela rede e acabam ficando para trás no mercado, perdendo força para a concorrência, visto que o cliente será atraído para o estabelecimento que atender melhor suas particularidades. Adolfo refere que as

[...] questões decorrentes da prestação de serviços nesta nova realidade são cada vez mais freqüentes, e afetam especialmente particulares e empresas de pequeno e médio porte, que não possuem recursos para bancar sistemas de rede fechada.²²

²¹ BAKER, Stephen. *Numerati: conheça os numerati: eles já conhecem você*. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 77.

²² ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 243.

Então, quem não se conecta para oferecer um diferencial estimulando o consumo, e até mesmo para divulgação de seus produtos e serviços, parece frente a essa nova era digital, que requer grande investimento para ser utilizada.

O meio comunicacional também se altera – e muito –, principalmente estabelecendo limitações quanto ao acesso a essas informações, utilizando a internet nessa nova sociedade. Segundo Kretschmann,

[...] assim como a internet intensifica o acesso ao conhecimento, também é excludente deste mesmo conhecimento. Aqui já surgem dois problemas fundamentais, e os dois de exclusão: a primeira exclusão é a última mencionada, daqueles que não tem acesso à internet. A segunda exclusão é a que o presente artigo tem por objetivo tratar: daqueles que, incluídos, estão incluídos numa rede que tende a ser manipulada e cujo acesso tende a ser administrado por jogos de interesses e pelo poder. Um poder que pode ser decorrente de um direito autoral.²³

A preocupação da autora é no sentido de se estar privatizando as informações e, conseqüentemente, diminuindo seu acesso devido a uma grande intervenção das indústrias que comercializam essas informações. Ainda em Kretschmann:

[...] é preocupante a observação do aumento constante da proteção autoral a bens que, a princípio, não possuem a característica tradicional de obra intelectual, artística ou literária, que seria o objetivo de proteção da lei autoral. Grandes interesses industriais – que comandam o mundo cultural – trataram de fazer inserir proteção a dados nas diversas legislações do planeta e, logo, a proteção à informação que deveria ser um direito de todos, será apenas de alguns, que têm interesse em comercializá-la.²⁴

A informação tende a se tornar o principal bem de consumo do século XXI e, se o conhecimento e a informação são mercantilizadas,

²³ SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77.

²⁴ *Idem*, p. 85-86.

também são os direitos intelectuais. E não é por outra razão que a competência do tema está sob a Organização Mundial do Comércio (OMC)²⁵.

Os direitos intelectuais, dado os fatos iniciais acima, é uma área que está em alta; existe uma valorização, especialmente no que tange à proteção e, para explicar tal questão, importa referir o trabalho de Adolfo, o qual argumenta que,

[...] no atinente ao Direito Autoral, o que se pode visualizar é o surgimento de uma nova realidade em torno dele, pois, como se vê em uma dezena de observações pontuais que faz Akester, a informação em formato digital pode ser reproduzida instantaneamente, com perfeita exatidão e sem esforço significativo; a inexistência de qualquer diferença entre o original digital e a respectiva cópia possibilita a efetivação de um número ilimitado de cópias.²⁶

O que se percebe com a chegada da internet no direito autoral é a maneira como as obras autorais passam a ser distribuídas e ganham relevante alteração, comparando-se a períodos anteriores, quando sequer pensavam nessa tecnologia atual e, portanto, não construíram tal pensamento. Um exemplo que Adolfo cita é a maneira de envio das correspondências, utilizando navios, correios, aviões, o que hoje pode ser feito com alguns cliques no computador, enviando-se de modo instantâneo via rede.

Mas existem situações que requerem atenção especial, as quais devem ser analisadas para não gerarem maiores conflitos. Ganha destaque aqui o exemplo das bibliotecas, citado por Adolfo – e outros autores na área autoral –, alegando que,

[...] no instante em que bibliotecas inteiras podem ser disponibilizadas em banco de dados, novos métodos desafiam o surgimento de um novo Direito Autoral. Como no alerta correta-

²⁵ SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 86.

²⁶ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 245.

mente empreendido por Negroponte, se as bibliotecas foram conquista do passado, nenhum de nossos antepassados jamais considerou a possibilidade de 20 milhões de pessoas terem acesso eletrônico a uma biblioteca digital podendo dela extrair o material desejado, sem nenhum custo.²⁷

Em geral, as limitações que o direito autoral sofre devem ser analisadas em razão dessa diversidade de novos equipamentos e serviços na área da comunicação. Ainda em Adolfo, tem-se sua observação quanto a este assunto.

Em sentido mais estrito, na órbita das limitações, também há necessidade de melhorias a enfrentar, pois se ampliam as possibilidades de conflitos entre os interesses do autor e dos utilizadores das obras. Se as limitações já podiam ser consideradas insuficientes no padrão antigo de suportes materiais das obras, quem dirá agora, no modelo em que livros, filmes, videoclipes, textos dispersos, fotografias e ilustrações cabem tão bem no figurino digital como cabiam outrora na mídia gráfica, eletrônica ou magnética, com previsões de alguns especialistas de que num futuro próximo não se terá mais livros, CDs ou DVDs, estando tudo disponibilizado na rede²⁸.

Tais limitações também ocorrem, pois a sociedade está mudando seus costumes em relação à procura do conhecimento, hoje, devido ao acesso ser facilitado e, por óbvio, o número de pessoas que buscam uma formação técnica ou um diploma superior é muito maior e todas se deparam com a barreira que é a legislação desatualizada. Segue uma passagem que expressa este tópico, analisada pelas pesquisadoras Pellegrini e Muller:

[...] a evolução social está imprimindo na comunidade a ideia, cada vez mais presente, que “o interesse coletivo ao individual, com o estreitamento, cada vez maior, de seu campo de ação, por meio de normas inspiradas por exigências públicas”. Logo, é cada vez mais “incontestável interesse coletivo na difusão de obras intelectuais; existe a necessidade de acesso de diferentes

²⁷ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 230.

²⁸ *Idem*, p. 275-276.

camadas populacionais – principalmente professores, estudantes e pesquisadores – aos textos e obras públicas”, pois permite a ampliação da cultura e, conseqüentemente, o desenvolvimento social.²⁹

Então, essa barreira que se criou é jurídica, dado o momento diferente que a tecnologia se apresenta. Para a resolução desse conflito, uma harmonização entre os direitos públicos e privados atenderá as necessidades de que a sociedade atual carece, protegendo todas as partes envolvidas nesse litígio. Tal observação é objeto de pesquisa das mesmas autoras supracitadas, ao dizerem que

[...] as limitações e exceções previstas na LDA “não são suficientes para resolver os conflitos entre o direito individual do autor e o interesse público à livre utilização de obras intelectuais” pois “as limitações, na forma como concebidas pela doutrina autoralista tradicional, não têm servido de forma clara à concretização da função social do Direito Autoral”. Logo, o conflito que paira no Direito de Autor reside especialmente nas “formas de limitações e de exceções aos direitos exclusivos assegurados aos autores, tanto nos países desenvolvidos como nos em desenvolvimento e, nestes, acompanhados de fórmulas redutivas do nível de proteção”.³⁰

Portanto, “as limitações ao Direito de Autor são incompatíveis com os desenvolvimentos tecnológicos atuais e conseqüentemente com a função social do direito de autor, pois acabam por servir de empecilho à difusão da informação e da cultura”³¹. Destaca-se um dos grandes problemas que se enfrenta devido a essas limitações: a pirataria.

²⁹ MULLER, Eli Carla da Silva; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. Apontamentos acerca das limitações da Lei 9.610/98 e a difusão do *copyleft* e o *creative commons* como meios de garantia aos direitos de acesso à informação, à cultura, à educação e ao desenvolvimento. *Anais... CONPEDI, XX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, Belo Horizonte, 2011. p. 12.574-12.575.

³⁰ *Idem*, p. 12.576.

³¹ PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. A utilização das obras intelectuais autorais frente às novas tecnologias: função social ou pirataria? *Revista do Direito da UNISC*, Santa Cruz do Sul, n. 34, p. 27-40, jul./dez. 2010, p. 32.

De maneira breve, será ressaltado o conceito de pirataria frente à função social do direito de autor para melhor esclarecer tal relação. Segundo Eduardo Pires e Jorge Renato dos Reis,

[...] o termo “pirataria”, atualmente, tem sido utilizado indistintamente, especialmente pelo chamando setor da indústria de direitos autorais, ou seja, tem-se caracterizado com pirataria, no âmbito do direito de autor, uma miríade de atividades tão distintas quanto a clonagem industrial, em larga escala, para comércio não autorizado de produtos protegidos pelo direito de autor ou a simples cópia doméstica, desses mesmos produtos, para uso particular.

Sobre o olhar da atual legislação, ao se fazer uma cópia do CD de música para os demais aparelhos eletrônicos, como um computador ou um *pen drive* para uso pessoal sem fins lucrativos, é considerado crime. Nesse sentido, conforme os autores acima citados,

[...] o que se busca, portanto, com a defesa da efetivação da função social do direito de autor é, principalmente, uma ampliação das possibilidades de utilização social dos bens intelectuais. Isto em razão de direitos fundamentais a serem tutelados, muito especialmente, os já referidos direito à informação, à cultura e à educação.³²

E mais:

[...] dessa forma, deve-se entender que a sociedade quando faz uso dos bens intelectuais, para uso próprio, ou mesmo para uso coletivo com fins educacionais ou culturais e sem fins lucrativos, estará dentro do âmbito do que se entende por função social do direito do autor, não podendo taxar-se, de modo algum, tais utilizações das obras como pirataria.³³

E, finalizando, outro campo afetado pela inter-relação é o psicológico. Com base em Marcondes Filho, é possível identificar o papel

³² PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. A utilização das obras intelectuais autorais frente às novas tecnologias: função social ou pirataria? *Revista do Direito da UNISC*, Santa Cruz do Sul, n. 34, p. 27-40, jul./dez. 2010, p. 35-36.

³³ *Idem*, p. 36.

social que essa tecnologia cria. O referido autor, em sua obra, menciona a imagem de um mundo zerado, isto porque o ser humano está se adaptando ao virtual e quer tudo na hora, nada pode esperar, e isto modifica toda a sociedade, a qual vive conectada, pois acredita que algo de ruim irá acontecer se alguém precisar de você, somente naquela hora.

Este novo mundo representa o rumo a que tais tecnologias avançadas, independentes e autônomas, estão levando a sociedade. Pois apenas com uma tecla pode-se construir ou destruir em frações de segundo. Com essa construção, Ciro expressa a ideia da possibilidade de destruição de arquivos – textos inteiros ou qualquer conteúdo armazenado no computador – com apenas uma tecla. Assim, ele faz analogia com a comunicação, mostrando que, com as novas tecnologias, acaba-se por apagar o que se aprende quando mais jovens – na fase de desenvolvimento, quando ainda bebês, na da comunicação frente a frente, gestual, sentimental –, substituindo tudo por um objeto que é imparcial, incapaz de representar nossas expressões.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o estudado neste trabalho, foi possível notar a grande evolução da tecnologia e, conseqüentemente, da sociedade em um curto espaço temporal. Tomaram-se por base as datas históricas da revolução tecnológica e da criação da internet até a contemporaneidade, em que se passaram apenas três décadas, e pôde-se sair de um estágio inicial e chegar ao avançado conhecimento atual.

Então, buscou-se transmitir, mesmo que de maneira sucinta neste trabalho, um pouco dos pontos importantes de toda essa evolução coletiva, seja ela em áreas humanas, exatas e/ou qualquer outra, e quais suas conseqüências, qual o seu impacto social, pois, a partir de agora, tudo está interligado e cada campo se tornou essencial para essa modernização.

O que se pode destacar quanto ao uso dessas ferramentas é que ainda deve-se aprender a maneira correta de utilizá-las, uma vez que muitas pessoas não têm acesso a essas tecnologias e, aqueles que

a têm, grande parte ainda não adquiriu plena capacidade e conhecimento técnico necessário para manuseá-las.

Em um mundo onde a informação é o bem mais precioso, para que toda a sociedade cresça, é essencial que a grande maioria tome conhecimento dessas informações. E este é o grande desafio como sociedade atualmente: estar informado e transmitir essas informações.

Por essa corrente, é possível afirmar que tais conexões virtuais são a maior criação desenvolvida pelo ser humano até o momento. Só de imaginar que o acesso pode ser feito em qualquer lugar do mundo – seja para conversar com outras pessoas, para divulgar eventos ou qualquer outro interesse –, é transmitida uma sensação de liberdade, ao navegar na rede buscando o que desejamos. Evolução esta nunca antes idealizada: que um dia ter-se-ia o mundo em uma tela de computador.

Finaliza-se com o argumento de que, para a construção de uma sociedade mais avançada, a sociedade precisa se adaptar ao sistema novamente, em todas as áreas do conhecimento, visto que essas relações são diferentes e não se pode cogitar perder esse controle diante da sociedade, pois os pensamentos precisam evoluir conjuntamente com a tecnologia para que as regras de convívio não se tornem ultrapassadas.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito da Internet e da sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2008.

BAKER, Stephen. *Numerati: conheça os numerati: eles já conhecem você*. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da Internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Rita Espanha. Rio de Janeiro: J. Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. *Sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venancio Mayer, com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Ed. 34, 2000.

MARCONDES FILHO, Ciro. *Fascinação e miséria da comunicação na cibercultura*. Porto Alegre: Sulina, 2012.

MATTELART, Armand. *História da sociedade da informação*. Tradução de Nicolás Nyimi Campanário. São Paulo: Loyola, 2002.

MULLER, Eli Carla da Silva; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. Apontamentos acerca das limitações da Lei 9.9610/98 e a difusão do *copyleft* e o *creative commons* como meios de garantia aos direitos de acesso à informação, à cultura, à educação e ao desenvolvimento. *Anais... CONPEDI, XX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI*, Belo Horizonte, 2011.

PIRES, Eduardo; REIS, Jorge Renato dos. A utilização das obras intelectuais autorais frente às novas tecnologias: função social ou pirataria? *Revista do Direito da UNISC*, Santa Cruz do Sul, n. 34, p. 27-40, jul./dez. 2010.

SANTOS, Manoel J. Pereira dos (Coord.). *Direito de autor e direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2011.

WOLTON, Dominique. *Internet, e depois?* Uma teoria crítica das novas mídias. Tradução de Isabel Crossetti. 2. ed. Porto Alegre: Sulina, 2007.



A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS AUTORAIS NO BRASIL

Helenara Braga Avancini

Bolsista da CAPES - Proc. nº 3109/12-7 (Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa). Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Prismas do Direito Civil Constitucional e Constitucionalismo Contemporâneo da Universidade de Santa Cruz do Sul.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.
2. DIREITO AUTORAL E A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE SEUS NEGÓCIOS.
3. O SILÊNCIO, AS DECLARAÇÕES IMPLÍCITAS E O COMPORTAMENTO CONCLUDENTE NOS CONTRATOS DE DIREITO AUTORAL.
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
 - REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A interpretação restritiva do negócio jurídico de direito autoral e o comportamento posterior das partes, durante a execução do mesmo, capaz de alterar o que fora firmado, por expresse, pelas partes é tema tortuoso para os intérpretes/aplicadores do Direito.

Via de regra, não se encontra na jurisprudência e na doutrina maiores considerações sobre a interpretação dos contratos de direito autoral no ordenamento brasileiro.

É de notar que a relevância do trabalho situa-se na complexidade que envolve o próprio direito autoral, que limita o exercício de outros direitos, como o da concorrência, do consumidor, liberdade de expressão, apenas para citar alguns exemplos.

Para além de ser um direito de caráter excepcional, ele tem por prerrogativa inata a capacidade de excluir terceiros da exploração econômica da obra, sem que ocorra a devida autorização, portanto, tem em si a natureza restritiva e de exclusão.

Isso se traduz na maneira pela qual o autor e titular originário da obra vai negociar as cláusulas contratuais, dando a lei autoral contornos específicos que vão desde as regras para interpretação dos negócios até a possibilidade de firmar contratos que envolvam a cessão total da obra ou apenas a cessão parcial de modalidades específicas desta.

As partes têm, assim, liberdade para estabelecer as regras contratuais que desejam, tendo em atenção o disposto na Lei Autoral, até porque há um pressuposto de, no ato da declaração de vontade, que ambos estejam de boa-fé e conheçam razoavelmente o que estão contratando.

No entanto, podem surgir problemas como o do afastamento da aplicação da regra de interpretação restritiva do contrato de direito autoral face à “anuência tácita” de uma das partes, notadamente o autor/titular de direito.

Ora, a “anuência tácita” é empregada nos contratos de direito civil? Estaria o direito autoral subordinado a ela? Mais: se a Lei Autoral obriga a interpretação restritiva, ela deve sempre favorecer ao autor, titular originário da obra? O que diz o anteprojeto da lei Autoral brasileira? O que diz o Direito português?

Daí o presente trabalho procurar abordar a questão em torno da possibilidade de derogar ou incluir cláusula contratual face ao comportamento concludente da parte, em que pese a lei exigir que a interpretação do contrato de direito autoral deva ser restritiva.

2 DIREITO AUTRAL E A INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA DE SEUS NEGÓCIOS

Em princípio, o estudo da interpretação dos contratos de direito autoral não deveria suscitar muitas dúvidas, eis que tanto o diploma legal brasileiro quanto o português dão norte acerca da matéria.

No entanto, a prática demonstra uma obviedade, que consiste na certeza de não existir norma legal que seja alheia à interpretação num caso concreto, em especial quando há o descumprimento das regras ali traçadas durante a execução do contrato. Nesses casos, a interpretação do contrato é fundamental.

Convém, de plano, fazer uma distinção entre a interpretação do contrato e da lei, isto porque ela obriga que os negócios jurídicos de direito autoral sejam interpretados restritivamente, mas o contrato em si também deve ser interpretado.

Na verdade, tratam-se de conceitos paralelos, como bem aduziu Domingues de Andrade ao mencionar que “há portanto uma notável correspondência entre a interpretação das leis e a dos negócios jurídicos. Mas intercorrem aqui, certamente, as diferenças ocasionadas pela diversa função das estatuições legais e das declarações negociais”¹.

O Código Civil brasileiro apresenta inúmeros artigos que procuram dar o norte aos negócios jurídicos, tendo como princípio basilar a autonomia da vontade e a boa-fé contratual, como se pode observar da redação dos artigos 112 e 113, respectivamente:

Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem.

Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

¹ ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica – Facto jurídico*. Em especial negócio jurídico. Coimbra, Coimbra, 2003. v. II. p. 307.

Assim, na interpretação dos negócios jurídicos, o que se busca é a fixação da vontade e como ela se manifesta exteriormente. Como destaca Pedro Pais de Vasconcelos, a “interpretação tem como objecto a declaração negocial e como finalidade a compreensão do seu conteúdo e sentido”².

Já o Código Civil português dedica quatro artigos para auxiliar o processo de interpretação. Para o presente trabalho destacam-se os artigos 236º e 237º, respectivamente:

Art. 236º, 1 – A declaração negocial vale com o sentido que um declaratório normal, colocado na posição do real declaratório, possa deduzir do comportamento do declarante, salvo se este não puder razoavelmente contar com ele. **2** – Sempre que o declaratório conheça a vontade real do declarante, é de acordo com ela que vale a declaração emitida.

Art. 237º. Em caso de dúvida sobre o sentido da declaração, prevalece, nos negócios gratuitos, o menos gravoso para o disponente e, nos onerosos, o que conduzir ao maior equilíbrio das prestações.

Pedro Pais de Vasconcelos, a respeito do artigo 236º, observa que existe uma forma de tipicidade, não sendo importante o sentido que o declaratório real tiver entendido em relação ao declaratório concreto, o que importa é “o sentido típico que um declaratório típico teria tipicamente entendido naquela situação típica”³.

Dessa forma, o importante na interpretação do negócio jurídico é relevante que o declaratório concreto tenha compreendido a declaração sob o ponto de vista típico, ou seja, dentro das perspectivas razoáveis do declarante, pois o artigo 227º do Código Civil obriga o dever de boa-fé do declarante. A esse respeito, é oportuno reproduzir *ipsis litteris* as observações do autor luso acima citado no sentido de que

[...] o declarante tem o dever de boa-fé (artigo 227º do Código Civil) de se pôr na posição da parte contrária, na posição do declaratório, e de prever como é que esse declaratório irá entender a declaração que lhe vai fazer. Deve formar a sua declaração de

² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 547.

³ *Idem*, p. 552.

modo a que o declaratório real a compreenda com o seu verdadeiro sentido. Se o não fizer, se agir culposamente de modo a que o declaratório seja induzido em erro sobre o sentido real da declaração, estará a agir com culpa in contrahendo. A divergência poderá suscitar-se ainda que o declarante tenha agido sem culpa. Independentemente das normas mais conseqüências da culpa in contrahendo, que cabe tratar aqui, ter-se-á então uma situação de divergência entre o sentido real subjectivo e o sentido objectivo, em que o declaratório não conhece o sentido real subjectivo.⁴

Como se pode observar, é importante que se consiga extrair o real sentido da manifestação da vontade, partindo-se do pressuposto de que as partes estejam imbuídas de boa-fé.

Esses ditames interpretativos previstos nos Códigos Civis, brasileiro e português, são plenamente aplicáveis aos contratos de direito autoral, como se falou alhures. O problema é que a legislação autoral já dá alguns critérios para a interpretação e, portanto, quando ocorrem problemas na interpretação dos negócios jurídicos, o intérprete/aplicador do direito deve se valer dessas regras.

No que se refere às especificidades da legislação autoral, temos como regra central a contida no artigo 4º da Lei 9.610/98. O referido artigo dispõe que “interpretam-se restritivamente os negócios jurídicos sobre os direitos autorais”. Oportuno observar que o anteprojeto de Lei Autoral brasileira prevê que “os negócios jurídicos relativos aos direitos autorais devem ser interpretados restritivamente, de forma a atender à finalidade específica para a qual foram celebrados”.

A Lei 9.609/98, que dispõe sobre a proteção dos programas de computador, deixa claro, no artigo 2º, que “o regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais e conexos vigentes no País, observado o disposto nesta Lei”. Disto deduz-se que, em caso de lacunas na Lei de Software, esta deve se valer da Lei de Direito de Autor e dos que lhe são conexos, para, posteriormente, se socorrer das regras previstas no Código Civil.

⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 552-553.

Essa lógica está presente, em regra, na maior parte das legislações dos países que foram signatários de tratados internacionais sobre a matéria.

Em Portugal, o Decreto-lei 252/94 dispõe no artigo 1º/2 que: “Aos programas de computador que tiverem carácter criativo é atribuída protecção análoga à conferida às obras literárias”; e o artigo 11º, que fala sobre a autonomia privada, prevê que:

1 – Os negócios relativos a direitos sobre programas de computador são disciplinados pelas regras gerais dos contratos e pelas disposições dos contratos típicos em que se integram ou com que ofereçam maior analogia. 2 – São aplicáveis a estes negócios as disposições dos artigos 40º, 45º a 51º e 55º do Código do Direito de Autor e dos Direitos Conexos. 3 – As estipulações contratuais são sempre entendidas de maneira conforme à boa fé e com o âmbito justificado pelas finalidades do contrato.

Ao contrário da legislação brasileira, que obriga a interpretação restritiva dos negócios jurídicos autorais, a portuguesa nada fala a respeito, nem no Decreto-lei 252/94, nem no Código de Direitos de Autor e Direitos Conexos.

Existe mesmo uma dificuldade de encontrar maiores subsídios sobre o que vem a ser a interpretação restritiva ou estrita na doutrina autoral, pois a maioria dos doutrinadores cinge-se a replicar o texto legal. E, em geral, os doutrinadores pouco esclarecem o alcance da interpretação restritiva, apenas limitam-se a dizer que ela é estrita, ou seja, dizem nada.

No entanto, há alguns aspectos que giram em torno desse tipo de interpretação. A mais conhecida é aquele corolário de que as leis especiais e excepcionais devem ser interpretadas restritivamente. Daí observar que a interpretação restritiva abarca situações jurídicas especialíssimas e que, via de regra, não admitem o alargamento da interpretação, nem o emprego da analogia, exceto se tiverem a mesma *ratio*.

Tércio Sampaio diz que

[...] uma interpretação restritiva ocorre toda vez que se limita o sentido da norma, não obstante a amplitude de sua expressão literal. Em geral, o intérprete vale-se de considerações teleoló-

gicas e axiológicas para fundar o raciocínio. Supõe, assim, que a mera interpretação especificadora não atinge os objetivos da norma, pois lhe confere uma amplitude que prejudica os interesses, ao invés de protegê-los.⁵

Pode-se constatar que as normas relativas a direitos fundamentais e àquelas que tenham caráter excepcional devem ser interpretadas restritivamente. As normas especiais devem sofrer interpretação restritiva não sendo recomendada a extensão desta, porque, como bem destaca Tércio Sampaio, “uma exceção é, por si, uma restrição que só deve valer para os casos excepcionais. Ir além é contrariar sua natureza”⁶.

O legislador brasileiro quis dar ao direito autoral um caráter excepcional que lhe é particular, pois, naturalmente, é um direito que restringe outros como o de livre acesso à informação e à cultura. Além de apresentar esse viés, também é considerado como um direito fundamental consagrado na Constituição Federal Brasileira, portanto, quer pela excepcionalidade, quer por ser um direito fundamental, o direito autoral deve ser interpretado restritivamente.

Assevera, ainda, Tércio Sampaio que

[...] a interpretação restritiva corresponde a uma paráfrase que decodifica uma mensagem codificada num código fraco por meio de um código forte. O intérprete altera, pois, o código, mas com o objetivo de aumentar o poder de violência simbólica em nome do telos global do sistema. Supõe, assim, que o legislador racional, por coerência com os valores que o ordenamento agasalha, deseja uma imposição de sentido rigoroso.⁷

Isso não quer dizer que haverá sempre preponderação às normas de direito autoral, pois, num caso concreto, a interpretação deve buscar a harmonia frente a eventuais conflitos de normas de mesma grandeza. O que se quer dizer é que não se admite um alargamento

⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao ensino do direito*. Técnica, decisão dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 269.

⁶ *Idem*, p. 269.

⁷ *Idem*, p. 270.

interpretativo capaz de deturpar o instituto jurídico de caráter especial ou excepcional.

Quando se fala em direito autoral, esse pormenor é de extrema relevância para aquele que faz a aplicação do direito. Mas, se hermenêuticamente a interpretação nesses casos deveria ser restritiva, porque a Lei brasileira dispôs de forma expressa acerca do assunto?

Para auxiliar a resposta, pode-se tomar emprestada a regra contida no artigo 114 do Código Civil, que contém dispositivo semelhante ao prever que “os negócios jurídicos benéficos e a renúncia interpretam-se estritamente”.

Ora, o que quis dizer o legislador é que nesses casos excepcionais não se admite a interpretação extensiva e, no caso concreto, esse norte deve ser observado. Como esclarece Sílvio Venosa,

[...] a interpretação dos negócios jurídicos e da lei em geral mescla-se, na prática, com a aplicação do Direito. Interpretar e aplicar o Direito traduz-se em uma única operação. Não há sentido de interpretar senão para aplicar a norma a um caso concreto. Há todo um substrato filosófico a embasar essa atuação do juiz, do árbitro e da sociedade em geral.⁸

A resposta, portanto, é evidente e se traduz na opção feita pelo legislador, que foi a de caráter metodológico e pragmático, tendo em vista que o direito autoral é um ramo da ciência jurídica desconhecido para a maioria dos operadores do Direito; assim, a regra auxilia na aplicação das normas jurídicas. No entanto, como se viu no caso apresentado, mesmo assim os julgadores e, por vezes, os próprios advogados desconhecem a regra.

O problema amplia-se quando se começa a sair do plano abstrato para o concreto, eis que no plano legal tudo é edílico, mas, na prática, muitas das regras traçadas para os contratos de direito autoral sofrem mudanças, por vezes já no início da execução do contrato e por vezes ao longo deste até o seu término.

Então, a questão que se põe é saber se há possibilidade de alteração tácita de cláusulas contratuais quando a lei diz que a interpretação dos negócios jurídicos de direito autoral deve ser restrita.

⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 126.

Assim, surgem questões intrínsecas às próprias declarações implícitas e da concludência, se elas podem ser interpretadas estritamente ou não. Para tanto, deve-se ter em mente que as normas legais sobre interpretação não são vinculativas, mas sim critérios a serem utilizados pelos operadores do Direito.

Importante destacar que a lei é um argumento e, como tal, as premissas utilizadas são extremamente relevantes para o intérprete. Nesse sentido, Chaïm Perelman ensina que “todo debate judiciário, e toda lógica jurídica, apenas concernem à escolha das premissas que serão mais bem motivadas e que levantam menos objeções. É papel da lógica formal tornar a conclusão solidária das premissas, mas é o da lógica jurídica mostrar a aceitabilidade das premissas”⁹.

Logo, as normas de interpretação são maleáveis no caso concreto, porque as normas são critérios e, por isso, quando se passa a utilizá-los, haverá sempre o risco do subjetivismo, mas esse aspecto não há como afastar. No direito autoral, esse perigo é maior em face do desconhecimento da matéria pela maioria dos intérpretes/aplicadores do Direito.

2 O SILÊNCIO, AS DECLARAÇÕES IMPLÍCITAS E O COMPORTAMENTO CONCLUDENTE NOS CONTRATOS DE DIREITO AUTORAL

O que se propõe aqui é dar as noções basilares acerca do tema, eis que seria necessária a análise isolada de cada figura jurídica frente às peculiaridades dos negócios jurídicos autorais.

De início, ressalta-se que existe uma grande confusão entre silêncio, declaração implícita e comportamento concludente. Trata-se de institutos que têm afinidade, porque envolvem espécies de declaração de vontade implícitas, mas são figuras jurídicas diversas.

Para se falar dessas figuras, é necessário ter em mente que a manifestação pode ser expressa e tácita, como bem observa José de Oliveira Ascensão¹⁰: “A declaração expressa é o comportamento fina-

⁹ PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique*. Nouvelle Rhétorique. Paris: Dalloz, 1976. p. 176.

¹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. V. III, p. 51.

listicamente dirigido a exprimir ou a comunicar algo”. E Pedro Pais de Vasconcelos complementa, explicando que, “de uma declaração expressa, que é finalisticamente dirigida à expressão de um certo conteúdo, pode resultar ainda implicitamente uma outra, esta agora tácita, desde que, segundo o nº 1 do artigo 217º, dela se deduza com toda a probabilidade”¹¹.

De regra, quando a lei exigir, as declarações devem ser expressas; assim, quando a lei brasileira e a portuguesa exigem a forma escrita para a transmissão total do conteúdo patrimonial do direito de autor. Porém, como a declaração implícita decorre do comportamento da parte, admite-se que este possa ser uma declaração expressa ou tácita.

No entanto, pode ocorrer a incidência de manifestação expressa e implícita em determinada declaração. Assim é que Pedro Pais de Vasconcelos, ao falar sobre as declarações escritas, observou que “uma comunicação escrita pode conter uma declaração expressa, com o conteúdo que o seu autor lhe quis directamente imprimir, e também uma declaração tácita com um conteúdo que lhe é implícito”¹².

Deduz o mesmo autor que “é assim, com acerto, que o Código Civil, no nº 2 do artigo 217º, determina que a forma da declaração tácita é aquela de que se revista o comportamento do qual ela, com toda a probabilidade, se deduz. Um negócio jurídico, para o qual a lei exija, por exemplo, a forma solene da escritura pública, poderá ser celebrado tacitamente desde que se deduza com toda a probabilidade de uma escritura pública”¹³.

Por essa razão, tanto as declarações expressas como as implícitas carecem de interpretação, aplicando-se as diretrizes do artigo 236º do Código Civil português. As declarações implícitas ou tácitas decorrem do sentido da conclusão, ou seja,

[...] da determinação de qual o sentido negocial, ou não negocial, que deve ser tido como deduzindo-se com toda a probabilidade

¹¹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 461.

¹² *Idem*, p. 460.

¹³ *Idem*, p. 462.

do comportamento concludente. A concludência pode resultar de pressuposição ou de implicação, consoante esse sentido é pressuposto ou implicado com toda a probabilidade pelos factos de que se deduz.¹⁴

Na interpretação do negócio jurídico autoral é importante ter em mente não só o caráter restritivo, mas também o efeito que essas manifestações de vontade implícitas podem gerar no plano concreto.

Figura similar à declaração tácita ou implícita é o comportamento concludente. José de Oliveira Ascensão¹⁵ entende que do comportamento da parte é possível extrair a manifestação tácita; este também é o entendimento de Pedro Pais de Vasconcelos¹⁶.

Para o autor luso-angolano, os comportamentos concludentes, num sentido amplo, “abrangem as declarações expressas não verbais e que não sejam com o uso de linguagem, como, por exemplo, o aceno afirmativo ou negativo da cabeça. No sentido restrito, os comportamentos concludentes correspondem a declarações tácitas, naquilo em que não sendo directamente destinados a significar e comunicar algo, deles se conclui um conteúdo negocial”¹⁷.

Sem dúvida, é na doutrina alemã que a noção de comportamento concludente é mais bem estudada, podendo-se citar como exemplo Werner Flume, o qual faz importante análise do ato concludente como execução de um negócio jurídico¹⁸. Para tanto, deve a parte conhecer as circunstâncias; isto porque, se a parte atua de forma concludente de maneira consciente não querendo o negócio que se deduz, então se estará diante de um caso de reserva mental.

Adverte o autor alemão que:

¹⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 463.

¹⁵ ASCENÇÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2003. V. III, p. 34.

¹⁶ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria geral do Direito Civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 463.

¹⁷ *Idem*, p. 463.

¹⁸ FLUME, Werner. *El negocio Jurídico*. Tradução espanhola de José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. 4. ed. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1998. T. II. Parte general del derecho civil, p. 99 e seguintes.

*La declaración de voluntad por actos concluyentes, como acto consciente de configuración jurídica, debe separarse tajantemente de los casos en que una actuación despierta en el otro la apariencia de una declaración de voluntad por actos concluyentes, pero no siendo consciente el que actúa de lo concluyente de sus actos. En estos casos no existe un acto final por parte del que actúa respecto del negocio que el otro ha considerado cerrado por actos concluyentes. Estos casos se deberían incluso terminológicamente de la declaración de voluntad por actos concluyentes y hablar de conducta concluyente.*¹⁹

Assim, quando não existir consciência de que o ato é concludente, será necessário fazer prova da existência do comportamento jurídico²⁰ relevante. No caso jurídico mencionado neste trabalho, o ponto central é, justamente, o comportamento concludente da parte, pois na decisão o juiz sustenta que o autor tinha conhecimento do uso do programa de computador nas filiais e nada fez, portanto, o seu comportamento de prestar assistência técnica e de ter ciência do que estava ocorrendo seria suficiente para modificar as condições estabelecidas no contrato.

Mas é possível que um comportamento concludente altere o contrato autoral considerando que este deve ter uma leitura restritiva? É um caso de solução complexa e depende da análise de diversos fatores concretos que permeiam a relação obrigacional, tais como a boa ou má-fé das partes, a harmonia quanto ao aspecto econômico, sendo um contrato oneroso, e a própria compreensão razoável que as partes tenham acerca da vontade expressada inicialmente.

No que diz respeito ao silêncio, como a própria expressão denuncia, é um nada, mas que pode gerar efeitos jurídicos, quando a lei ou o contrato permitirem. Mota Pinto entende que o silêncio pode ser considerado “um fato concludente (declaração tácita) no sentido da aceitação de propostas negociais”²¹. No mesmo sentido é o entendi-

¹⁹ FLUME, Werner. *El negocio Jurídico*. Tradução espanhola de José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. 4. ed. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1998. T. II. Parte general del derecho civil, p. 105.

²⁰ *Idem*, p. 105.

²¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 1980. p. 337.

mento de Werner Flume: o silêncio pode ser um meio de declaração assim como a palavra o é²².

O Código Civil português, no artigo 218, enuncia que o silêncio vale como declaração negocial quando esse valor lhe for atribuído por lei, uso ou convenção. Assim sendo, na doutrina portuguesa, para o silêncio ter valor jurídico e produzir efeitos, ele tem que decorrer da lei ou do contrato. Ou seja, só se a lei atribuir valor ao silêncio ou se as partes assim estabelecerem em contrato é que se pode atribuir consequência jurídica ao silêncio²³.

O Brasil segue o mesmo entendimento²⁴ de que, em situações excepcionais, juridicamente reguladas ou valoradas na lei ou no contrato, o simples silêncio pode produzir efeitos jurídicos²⁵. O artigo 111 do Código Civil assim dispôs: “o silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

As declarações tácitas nos negócios de direito autoral devem ser interpretados de forma restritiva, a fim de coibir eventuais abusos de ambas as partes, mas, somente no caso concreto e em caráter excepcional é que se pode determinar a ocorrência ou não de modificação do contrato por comportamento concludente.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O disposto no artigo 4º da lei autoral brasileira obriga a interpretação restritiva dos negócios de direito autoral, dispondo algumas regras acerca da transmissão total ou parcial desses direitos. Já o anteprojeto de Lei acrescenta que esses negócios devem atender a finalidade específica para qual foram celebrados.

²² FLUME, Werner. *El negocio Jurídico*. Tradução espanhola de José Maria Miquel González e Esther Gómez Calle. 4. ed. Madri: Fundación Cultural del Notariado, 1998. T. II. Parte general del derecho civil, p. 93.

²³ *Idem*, p. 105.

²⁴ ANDRADE, Érico. O silêncio no ato e no negócio jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, 2008. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/70/68>>. Acesso em: 17 maio 2012, p. 100-101.

²⁵ *Idem*, p. 104.

Mesmo não estando em tramitação no Congresso Nacional, o anteprojeto reforça a ideia de que a exploração da obra é exclusividade do titular de direito autoral, o qual tem liberdade e poder para negociar parcial ou totalmente sua obra.

O aspecto finalístico apontado não é suficiente para resolver os problemas que permeiam a interpretação dos contratos de direito autoral, até porque se está diante de uma área do Direito que é excepcional, que exige interpretação restritiva e tal conjunção pode não beneficiar a parte mais frágil, qual seja o autor.

Ao contrário do que ocorre no Brasil, a legislação autoral portuguesa, ao dispor sobre as regras de transmissão do direito autoral, não obrigou os operadores do Direito a fazerem interpretação restritiva dos negócios autorais. Dentre outras razões, porque o Código Civil estabelece regras basilares para a interpretação dos contratos aplicando-se ao direito autoral o que couber.

Tanto no Brasil como em Portugal existem regras advindas do Código Civil que auxiliam na interpretação dos negócios jurídicos, tais como a noção de que as pessoas devem conhecer a lei, que devem agir de boa-fé, e, portanto, o artigo 4º da lei autoral brasileira, embora desnecessário, é fundamental por apresentar um caráter didático.

As normas sobre interpretação são diretrizes que o intérprete/aplicador do direito se vale para solucionar eventuais conflitos no caso concreto. É evidente que na prática o exercício da interpretação seja imbuído de grande subjetivismo, pois a existência de critérios legais para apreciação do problema é tortuoso quando se está diante de uma legislação especial, como a lei autoral.

Em casos práticos, a questão pode apresentar contornos maiores, porque não há, ainda, o domínio dos julgadores sobre essa legislação especial, que, não obstante, aplicam pura e simplesmente regra do direito civil, sem que haja uma fundamentação adequada para tanto. Não se quer dizer com isto que não se possam utilizar as normas do Código Civil, mas esse uso deve ser realizado com parcimônia e desde que seja compatível com as demais regras do direito autoral.

A interpretação restritiva tem por fim destacar o princípio de que o elo mais fraco na relação autoral é o autor, que nem sempre será o titular de direito. Porém, até mesmo esse princípio pode ser

ponderado em um caso concreto, pois a qualificação de hipossuficiente depende da observação do poder econômico das partes e do conhecimento das nuances do direito autoral no momento em que estes firmaram o contrato.

Nessa perspectiva, o silêncio, as declarações implícitas e os comportamentos concludentes são argumentos utilizáveis num contrato de direito autoral, mas sob a luz da restritividade.

Não havendo abuso de direito das partes no exercício do contrato, não estando elas de má-fé, deve prevalecer o que consta expressamente no documento contratual, até porque, normalmente, aquela parte que questiona uma das figuras acima citadas pode não ter razão.

Por fim, as regras de interpretação nos contratos de direito autoral merecem um estudo mais aprofundado; porém, essa tarefa far-se-á em momento futuro, servindo o presente trabalho como uma provocação inicial para o desenvolvimento posterior do tema.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Eliane Y. *Direitos de Autor e Direitos Conexos*. São Paulo: Editora do Brasil, 2002.

AFONSO, Otávio. *Direito Autoral: conceitos essenciais*. Baueri: Manole, 2009.

ANDRADE, Érico. O silêncio no ato e no negócio jurídico. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, v. 98, 2008. Disponível em: <<http://www.pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/70/68>>. Acesso em: 17 maio 2012.

ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica – Facto jurídico*. Em especial negócio jurídico. Coimbra: Coimbra, 2003. v. II.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil – teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. v. III.

FLUME, Werner. *El Negocio Jurídico*. Tradução espanhola de José Maria Miguel González e Esther Gómez Calle. 4. ed. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998. Parte general del derecho civil – tomo II.

HAMMES, Bruno Jorge. *O Direito da Propriedade Intelectual – subsídios para o ensino de acordo com a Lei 9.610, de 19.02.1998*. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 1996.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia Jurídica – problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2011.

PERELMAN, Chaïm. *Logique juridique*. Nouvelle Rhétorique. Paris: Dalloz, 1976.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra, 1980.

PONTES, Hildebrando. *Os contratos de cessão de direitos autorais e as licenças virtuais creative commons*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código Civil Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2010.



INTERSECÇÕES JURÍDICAS DO DIREITO PÚBLICO E PRIVADO: UMA ANÁLISE DO DIREITO DE AUTOR

Júlia Bagatini

Mestranda em Direito pela UNISC, bolsista CAPES, tipo II. Graduada em Direito pela UNIJUÍ. Professora da FAI Faculdades. Integrante do grupo de pesquisa “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado” e do grupo de estudos “Direito do Autor”, ambos coordenados pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Advogada.

Contato: juliabagatini@bol.com.br

Miguel Genildo Greiner

Graduando em Direito na Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista CNPq. Participante do grupo de estudos “Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo” e integrante do grupo de pesquisa “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”, ambos coordenados pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.
2. INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O DIREITO PÚBLICO E PRIVADO:
BREVES DIGRESSÕES;
 - 2.1 A ORIGEM DA DICOTOMIA;
 - 2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO;
 - 2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL.
3. UMA ANÁLISE DO DIREITO DE AUTOR;
 - 3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS AO DIREITO DE AUTOR;
 - 3.2 BREVE ABORDAGEM HISTÓRIA AO DIREITO DE AUTOR;
 - 3.3 FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR.
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
 - REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo tratará sobre as intersecções jurídicas entre o público e o privado, desde a origem da dicotomia até os dias atuais, a forma como os dois grandes clássicos ramos do Direito interpenetram na esfera um do outro, constitucionalizando o direito privado – de forma que os institutos privados passam a funcionar de modo a atingir o bem social –, e o direito público irá empregar os institutos privados para concretizar aqueles valores dotados na Constituição.

Em um segundo momento, far-se-á uma análise do direito de autor à luz dessas mudanças hermenêuticas. O direito de autor, que surgiu para proteger o aspecto moral e patrimonial do criador sobre a sua obra intelectual, seja ela científica, artística ou literária, deverá atender à função social a qual se destina, para que se legitime – em razão de a criação ser fruto do legado cultural de uma sociedade –, mas observada e exteriorizada pelo espírito criativo de seu autor.

Buscam-se mecanismos para se poder adaptar a lei à realidade social, facilitando o acesso às obras, pois é por intermédio da educação, da cultura e da informação que a sociedade vai desenvolver-se plenamente.

Não se pretende aqui polemizar situações que possam causar prejuízos aos autores, mas sim ponderar até que ponto se faz necessária uma legislação tão protetiva dos direitos de autor e tão pouco conformadora com os princípios constitucionais, como os de acesso à cultura, à educação, à informação e ao desenvolvimento, os quais podem ser alcançados por meio do direito de autor.

2 INTERSECÇÕES JURÍDICAS ENTRE O DIREITO PÚBLICO E PRIVADO: BREVES DIGRESSÕES

Este tópico trata das intersecções das normas, conceitos e institutos entre os dois grandes clássicos ramos do Direito, que abrangem todos os demais: o público e o privado. O ponto de partida é a análise histórica, o fenômeno recente da constitucionalização do direito privado. Essa verificação torna dúbia a definição se algum ramo ainda atina-se a galgar apenas pelo seu determinado campo, público ou privado. De fato, percebe-se hoje que os institutos privados de-

vem funcionar em consonância com os interesses sociais, atingindo aqueles valores elencados constitucionalmente, e a administração pública, para efetivar esses valores, acaba por se valer dos institutos privados, agindo como um ente privado, conquanto público.

2.1 A ORIGEM DA DICOTOMIA

Desde o Império Romano, o Direito foi dividido classicamente em dois grandes ramos, cada qual com normas e princípios distintos, conforme sua seara de gerência, carregando uma gama de valores diferentes. De um lado, abrangia a sociedade como um todo. De outro, regulava as ações de individuais sob manto da autonomia da vontade¹.

O direito público zelava pelos interesses da coletividade, de modo que estes prevaleciam sobre os interesses individuais, fundamentando-se no princípio da subordinação, de que todas as normas impostas pelo Império deveriam ser obedecidas, a bem da paz social².

Já o direito privado era atrelado às situações domésticas e de propriedade. Abrangia os institutos da família, da sucessão, da propriedade e do contrato. Esses institutos importavam somente ao homem, não cabendo ao Estado qualquer gerência nos atos – que diziam respeito à vida privada do indivíduo, o qual se compunha de ampla liberdade para atuar nessa esfera, inclusive contendo o poder sobre a vida e a morte, de sua mulher e de seus filhos. Igualmente, possuía total poder sobre a sua propriedade³.

Durante os longos anos da era medieval, essa dicotomia entre direito público e privado, oriundo do Império Romano, tornou-se obscura, já que o soberano detinha todo o poder. Não havia uma esfera em que o particular pudesse exercitar sua autonomia da vontade. Mas um absoluto contraste se deu por meio da Revolução Francesa, com o nascedouro do Estado liberal, em que o Estado teria a carac-

¹ LEMKE, Nardim Dacy. *Dicotomia direito privado x direito público*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/22384/public/22384-22386-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

² *Idem*.

³ MARQUESI, Roberto Wagner. Fronteiras entre o direito público e o direito privado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 908, 28 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7788>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

terística de não intervir no âmbito privado dos indivíduos, se não em raras ocasiões, como para manter a ordem social, pois entendia-se que todos os homens nasciam iguais e possuíam iguais condições para buscar o que era melhor para si, fundamentando-se no princípio da igualdade formal⁴.

No âmbito do direito civil, impende mencionar que com o intuito de afastar a intervenção estatal das relações civis, surge, em 1804, o “*Code de France*”, conhecido também por Código Napoleônico. Tal Código, lançado logo após a Revolução Francesa, trouxe uma visão aprimorada e estruturada do direito civil, na qual o Estado encontrava-se absolutamente afastado das relações ditas, nesse momento, privadas.

A codificação do direito civil pelo Código Napoleônico trouxe, como todas as demais codificações, a sistematização da matéria objeto de estruturação, arraigada em valores bastante contundentes. A codificação civil francesa trazia, pois, dois valores basilares, já mencionados acima: o individualismo e o patrimonialismo. Tais valores, tidos como pedras toque do sistema civil, eram imprescindíveis para que o Estado se mantivesse distante das relações civis.

A primazia do individualismo e do patrimonialismo era visível, no qual o brocado da “*pacta sunt servanda*” era principiológico, inserindo a premissa de que qualquer acordo jurídico deve ser respeitado. Nesse sentido, Kléber Martins de Araújo menciona:

Esse princípio (*pacta sunt servanda*) teve origem na Escola Clássica francesa e foi adotado pelo Art. 1.134 do Código de Napoleão. Por essa regra, os contratos fazem lei entre as partes e, por isso, devem ser cumpridos ou os pactos hão de ser observados, não obstante o advento de situações e resultados imprevisíveis, mesmo que levem à ruína um dos contratantes.⁵

Em 1896, seguindo o modelo e os valores do Código francês, surge o Código Civil alemão (BGB), que entrou em vigor em 1900.

⁴ MARQUESI, Roberto Wagner. Fronteiras entre o direito público e o direito privado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 908, 28 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7788>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

⁵ MARTINS DE ARAÚJO, Kleber. *Contratos administrativos: cláusulas de reajuste de preços e reajustes e índices oficiais*. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/566>>. Acesso em 10 fev. 2012, p. 02.

Nesse momento histórico há a distinção patente entre o direito público e o direito privado, aquele caracterizado pela intervenção estatal, enquanto o este calcado na autonomia das partes, sem qualquer ingerência do ente político Estado.

Em 1824, no Brasil, surge a primeira Constituição Imperial do Estado. Nela, entre outros dispositivos, havia a menção expressa da necessidade da confecção de um Código Civil e de um Código Penal, a fim de regular as relações sociais e a vida em sociedade. Mais tarde, em 1855, o Estado brasileiro contrata Teixeira de Freitas para elaborar um Código Civil brasileiro, cujo esboço foi apresentado em meados de 1862, contando com mais de cinco mil artigos em sua codificação. Em tal *esboço*, verificou-se que Freitas trouxe a tutela jurídica do nascituro, a revisão contratual, a dissolução do casamento, entre outros artigos de suma importância. Ocorre, no entanto, que, para a época, tais situações não se mostravam condizentes com a estrutura brasileira. Eram muito avançadas para o período.

Assim, apesar do grandioso trabalho de Teixeira de Freitas, o Estado brasileiro não aceitou o Código Civil por ele proposto, pois, conforme já dito, estava em dissonância com o momento histórico brasileiro. Vale mencionar, entretanto, que os temas trazidos por Freitas são hoje – após mais de cem anos – discutidos no sistema jurídico brasileiro, inclusive com ares de atualidade.

Foi em 1899 que o Estado brasileiro, na ânsia por um Código Civil, contratou o então professor Clóvis Beviláqua, docente da Faculdade de Direito do Recife e disciplinador da matéria de Filosofia, já que não havia direito civil no Brasil. Em 1916, surge o tão esperado Código Civil brasileiro.

Assim, o Brasil passa a ser um país codificado em matéria civil, fato que se estende até os dias atuais. O Código Civil de 1916 surgiu com a mesma ideologia dos diplomas confeccionados na França (Código Napoleônico) e na Alemanha (BGB), ou seja, valia-se dos predicados do individualismo e do patrimonialismo, não dando espaço à intervenção Estatal nas relações jurídicas civis.

A estrutura do Código Civil manteve-se a mesma por muito tempo, sendo que várias Constituições foram criadas e nenhuma delas trouxe questões e normas referentes ao direito civil, até porque as Constituições disciplinavam questões relacionadas ao até então

direito público, enquanto o Código Civil disciplinava questões afetas ao direito privado. O Código Civil era chamado por muitos juristas de a “Constituição do Direito Privado”.

Nesse sentido, enquanto o direito público atinha-se apenas a regular o Estado e não intervir na esfera individual, a não ser em estritos casos, o direito privado garantia ampla liberdade aos indivíduos, sem se preocupar com os valores sociais, que dizem respeito à dignidade humana⁶.

Fato que começou a se transformar pelas revoluções despontadas em diversos pontos do planeta, pela população insatisfeita com a inércia do Estado frente às desigualdades que a sociedade vinha tomando. Documentos como a Constituição de Weimar de 1919, Constituição Mexicana de 1917 e a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado, na Rússia revolucionária de 1918, inovaram trazendo direitos sociais e trabalhistas, consagrados como direitos fundamentais, que deveriam ser observados e garantidos pelo Estado⁷.

Não se confunde um regime socialista com Estado Social de Direito. Neste pode vigor normalmente o regime capitalista, como acontece nos países ocidentais, porém o ordenamento jurídico é que estará atrelado à proteção dos direitos sociais da sociedade, mesmo que tenha de interferir na esfera privada do indivíduo para concretizar esses direitos⁸.

2.2 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O Estado liberal, por prover total liberdade às relações privadas dos indivíduos, começou a entrar em declínio, pois não conseguia atender aos anseios da sociedade que se via por uma crescente desigualdade social. Dessa forma, abriu lugar ao Estado social, que, em contrapartida, desejando dar uma resposta diferente para os proble-

⁶ MARQUESI, Roberto Wagner. Fronteiras entre o direito público e o direito privado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 908, 28 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7788>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

⁷ MARTINEZ, Vinício Carrilho. *Estado de direito social*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5494>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

⁸ *Idem*.

mas sociais enfrentados, agiu com forças a reaproximar o cidadão do Poder Público, passando a intervir no âmbito privado dos indivíduos, motivando construir uma sociedade mais justa e igualitária, tendo como cerne o ser humano⁹.

Doravante, as linhas gerais caracterizadoras das esferas públicas e privadas do Direito começam a se transmutar, de modo que o direito privado passará por total modificação de sua exegese, sendo interpretado à luz dos valores encontrados no texto constitucional. Institutos eminentemente privados, como a propriedade e o contrato, passarão a carregar um valor social, o qual necessitarão atender para que se justifiquem¹⁰.

O direito civil, que até então era o centro do ordenamento jurídico de grande parte dos países ocidentais, inverterá polos com a Constituição, que passará a balizar todas as relações jurídicas, não apenas conferindo força normativa formal, mas também material, passando a irradiar seus valores mesmo às relações entre particulares e fazendo contrapeso ao princípio da autonomia da vontade¹¹.

Porém, o resultado esperado não passou de uma produção desenfreada de mananciais legislativos, sem efeitos concretos para sociedade. Assim como o Estado liberal, que não conseguia atender aos anseios da sociedade, o Estado social também entrou em declínio, abrindo lugar à ascensão do Estado Democrático de Direito. Seguindo os mesmos moldes do Estado anterior, porém, com o diferencial de atribuir dedicação real à efetivação dos direitos e garantias fundamentais para o desenvolvimento do homem e, conseqüentemente, de toda a sociedade¹².

⁹ REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral. In: REIS, Jorge Renato dos (Org.) e outros. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 72-73.

¹⁰ *Idem*, p. 75-76.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

¹² REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral. In: REIS, Jorge Renato dos (Org.) e outros.

Rompendo com o positivismo, o Estado Democrático de Direito foi responsável por dar nova roupagem à interpretação constitucional, que não ficará mais adstrita à mera leitura gramatical de seu texto, mas proeminente pelas cláusulas constitucionais de conteúdo aberto, insculpindo um processo evolutivo–seletivo, produto das mudanças sociais, que se destina a adequar a norma constitucional aos valores contemporâneos da sociedade, de modo que possa ser possível efetivar aqueles valores por ela elencados¹³.

Toda a sociedade é responsável pela interpretação constitucional, visto que esta, mediante suas normas principiológicas, transmuta o sentido e alcance das normas para convir com os valores elegidos por uma sociedade pluralista e multicultural. De outra forma, o texto constitucional perderia em legitimidade e eficácia se não estivesse em consonância e percorrendo pelos mesmos caminhos com a sociedade¹⁴.

2.3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO NO BRASIL

No Brasil, o marco inicial da constitucionalização do Direito se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que foi responsável por romper com o regime autoritário anterior e dar início ao Estado Democrático de Direito. Além de tratar, em seu texto, de vários aspectos regulados pelo direito infraconstitucional, como o direito administrativo, civil, penal, processo civil e penal, tributário, dentre outros. Porém, não é nesse aspecto que se alude à constitucionalização do Direito, mas aos valores que foram consubstanciados em seu texto¹⁵, como o princípio primordial do nosso ordenamento, que fundamenta todos os demais, o da dignidade da

Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo. Curitiba: Multideia, 2011. p. 74.

¹³ FLORIANO, Neida Terezinha Leal; FLORIANO JÚNIOR, Márcio. A nova interpretação constitucional: uma (re)leitura necessária em face das transformações do Estado. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clóvis. *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 292-293.

¹⁴ *Idem*, p. 295.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

pessoa humana, visto que o homem é um fim em si mesmo e não um meio ao dispor do Estado, o ser humano é a razão de ser do Direito e do Estado¹⁶.

Como forma de concretizar esses valores postos na Constituição Federal de 1988, dentre outras medidas, a magna carta de 1988 destacou o princípio da função social da propriedade, que já era prevista nos textos constitucionais de 1934 e 1946, na emenda constitucional de 1964 e mantendo-se na Constituição de 1967¹⁷.

A função social da propriedade consiste em o proprietário dar uma destinação à propriedade que vise o interesse social, e não ficar adstrito somente ao seu interesse individual¹⁸. Esse instituto é um dos efeitos do processo de constitucionalização do Direito, em que um instituto privado passa a receber uma função social proveniente do direito público, para que promova o bem comum da sociedade.

Da mesma forma se deu com o instituto do contrato, que angariou uma função social, prevista no Código Civil de 2002, seguindo a corrente socializadora do Direito contemporâneo. A função social do contrato retira o caráter absoluto do princípio da autonomia da vontade, que permeava as relações entre particulares, de modo que essas relações deverão pautar-se estritamente pelas linhas da licitude e sem que de suas cláusulas haja um manifesto desequilíbrio entre os contratantes¹⁹.

Assim, conforme Farias²⁰, referindo-se à Constituição Federal de 1988, “houve uma verdadeira reconstrução da dogmática jurídica, a partir da afirmação da cidadania como elemento propulsor”. Ocorreu, portanto, uma mudança de eixo, de paradigma, com o surgimento da chamada constitucionalização do direito civil.

¹⁶ LUNA, Marta Moreira. *O princípio da dignidade da pessoa humana como lócus hermenêutico da nova interpretação constitucional*. JurisWay, 22 jan. 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1080>. Acesso em: 17 nov. 2012.

¹⁷ BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Ensaio sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira*. Brasília: Coedi, 2008.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 38.

²⁰ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – teoria geral*. Disponível em: <<http://www.sbdp.org.br>>. Acesso em: 04 fev. 2012, p. 24.

3 UMA ANÁLISE DO DIREITO DE AUTOR

Passa-se a tratar sobre a regulação do direito de autor. Enquanto ramo do direito privado, visa proteger os aspectos patrimoniais e pessoais do autor com a sua propriedade intelectual, mas utilizando-se de uma visão social sobre o direito de autor. Entende-se a necessidade de direcionar esse instituto fundamental para alcançar o desenvolvimento da sociedade, facilitando o acesso desta às obras, para que se possa fomentar a cultura e a educação, de maneira geral, contribuindo para a evolução social.

3.1 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS AO DIREITO DE AUTOR

O homem, por seu espírito criativo, cria a realidade ao seu redor. É ele o responsável pela tecnologia existente hoje, que, conquanto também possa ser prejudicial, há de ser usada para um desenvolvimento sadio da integralidade que nos cinge.

É com a exteriorização dessa ideia criadora e sua materialização que se produz o conhecimento, capaz de propulsar o desenvolvimento intelectual dos povos, mesmo que apenas em parte. Esse conhecimento, seja ele científico, artístico ou literário, será parte do patrimônio universal, que dele, por gerações, se fará uso para construir um ambiente melhor²¹.

Entendendo a importância desse nobre ato humano, de criação, faz-se necessário a proteção da obra intelectual, para que os autores tenham seus direitos de paternidade sobre a criação reconhecidos, e também, para que possam usufruir economicamente pelo esforço compreendido no trabalho.

Para exemplificar a passagem desse tópico, no tocante a importância do ato de criação do ser humano, a criação da imprensa e o sistema de cópias, surgidos na Europa por volta dos anos de 1400, foi um dos fatores impulsionadores da cultura e educação europeia, de modo que, com a então imensa e até antes inimaginável reprodução de obras literárias com tamanha velocidade, permitiu que a popula-

²¹ EPPLE, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller; KNIES, Luís Felipe. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos (Org.) e outros. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 10.

ção tivesse acesso a tais obras e, dessa forma, estas não mais ficassem adstritas a uma minoria de indivíduos. Assim, desenvolvendo a cultura e educação do povo, possibilitando todo o desenvolvimento em que nos encontramos hoje²².

Por isso se faz necessária a proteção da obra intelectual, tanto nos seus aspectos morais, quanto os patrimoniais, mas, desde que tal proteção se dê com o objetivo de direcionar a obra para atingir a função social à qual se destina.

3.2 BREVE ABORDAGEM HISTÓRICA DO DIREITO DE AUTOR

Desde o período greco-romano, já se reconhecia ao menos o direito de reconhecimento ao autor da obra. Mesmo que não positivado, era vivido na mente das pessoas. O reconhecimento se dava pela estima moral, por parte dos governantes e soberanos locais, aos artistas em geral da época²³.

Na Roma antiga, até mesmo os escravos podiam ter suas criações reconhecidas perante o público, sendo o alvo das admirações pelo feito, mesmo que a obra pertencesse ao seu senhor²⁴.

Somente séculos depois, no período medieval, por volta dos anos 1400, com o surgimento da imprensa, vê-se um resquício do que poderia ser um início da proteção positivada dos direitos de autor. Mesmo que tenha se dado, primeiramente, uma proteção exclusiva aos copistas da obra literária, foi fundamental para que o direito de autor pudesse evoluir ao ponto em que se encontra hoje²⁵.

Após esse período, por volta de 1578, iniciou-se um profundo debate entre os editores, autores e a sociedade. Os editores e autores lutavam pela perpetuidade dos direitos de reprodução e transmissão das obras literárias, enquanto a sociedade opunha-se em limitá-los²⁶.

²² EPPLE, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller; KNIES, Luís Felipe. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos (Org.) e outros. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 10.

²³ *Idem*, p. 13.

²⁴ *Idem*, p. 13 .

²⁵ *Idem*, p. 14.

²⁶ *Idem*, p. 17-18.

O Direito anglo-saxão teve grande participação na história evolutiva do direito de autor, pois revolucionou o campo protetivo desses direitos, concedendo aos autores proteção por certo período sobre suas obras literárias. Constituiu-se monopólio para obtenção de lucro econômico, sendo que as cópias por parte de terceiros deveriam ser por ele autorizadas, por meio contratual próprio²⁷. Servia como forma de incentivar os autores para continuarem a desenvolver o trabalho de criação. Mas foi o Direito francês que teve a maior participação para a evolução do direito de autor, sendo responsável por estender a proteção desses direitos, não se restringindo mais somente às cópias, mas enfocando nos interesses dos autores²⁸.

Surgia uma tímida expressão de uma função social ao direito de autor, enquanto o pensamento fosse de garantir a proteção aos autores, e não aos editores ou impressores, pois assim estimularia aqueles à criação de obras, as quais fossem responsáveis pelo desenvolvimento da sociedade²⁹. Embora, na época, a proteção legal ainda não estimulasse o acesso da sociedade a tal acervo.

3.3 FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DE AUTOR

Do processo de constitucionalização do direito privado, o Estado, para alcançar aqueles valores elencados na Constituição, abstém-se de apenas manter o controle social, característica angariada pelo Estado liberal, e passa a dirigir a sociedade, por meio de incentivos, criando políticas públicas e elaborando leis de cunho social³⁰.

O ser humano deixa de ser visto como um simples ser, isolado e abstrato, mas como um ser que, além de possuir valores, dentre os quais o primordial da dignidade, deve ser respeitado em todos os níveis de relações. E também como componente de um todo maior, a

²⁷ EPPLE, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller; KNIES, Luís Felipe. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos (Org.) e outros. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 18.

²⁸ *Idem*, p. 22.

²⁹ *Idem*, p. 19.

³⁰ EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clóvis (Orgs.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 119.

sociedade, devendo ter seus atos limitados de forma que não a prejudique, mas sim que contribua para o bom desenvolvimento dela³¹.

Assim como todo o ordenamento jurídico brasileiro passou por mudanças, o direito de autor não poderia ficar de fora. Como outros institutos do direito privado, desempenhará função social, que deverá ser atendida, concretizando princípios previstos no texto constitucional, como os princípios de acesso à cultura, educação, informação e desenvolvimento³².

O direito de autor possui natureza híbrida, por coexistir com normas de direito pessoal e patrimonial. Altamente protecionista dos direitos do autor, regula tanto a sua fruição econômica sobre a criação quanto os seus vínculos morais com a criação³³. Mas, em que pese, a proteção patrimonial é tão demasiada que acaba por criar uma chamada “indústria do entretenimento”, em que grandes empresas servem-se da obra intelectual unicamente para obter lucro, como se mercadoria fosse³⁴.

A legislação contemporânea, devido a alta concentração protetiva dos direitos patrimoniais de autor, acaba por contribuir para essa mercantilização de obras intelectuais, criando verdadeiros monopólios sobre as obras, e dificultando o acesso do público a estas³⁵.

Nas palavras de Carboni, o direito de autor tem como função social

A promoção do desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico, mediante a concessão de um direito exclusivo para a utilização e exploração de determinadas obras intelectuais por um

³¹ EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clóvis (Orgs.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 123.

³² REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A Constitucionalização do Direito Privado Brasileiro: A Perspectiva do Direito Autoral. In: REIS, Jorge Renato dos (Org.) e outros. *Estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba: Multi-
deia, 2011. p. 81.

³³ *Idem*, p. 82.

³⁴ EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clóvis (Orgs.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 122-123.

³⁵ *Idem*, p. 123.

certo prazo, findo o qual, a obra cai em domínio público e pode ser utilizada livremente por qualquer pessoa.³⁶

Assim, faz-se necessário interpretar o direito de autor à luz do texto constitucional, verificando os princípios, dentre outros, de acesso à cultura, à educação, à informação e ao desenvolvimento, visto que o direito de autor também se encontra no texto constitucional, sendo considerado um direito fundamental. Este não será suprimido em confronto com os direitos de acesso, mas far-se-á um sopesamento ao caso concreto, adequando-se a realidade, permitindo o acesso do público à obra em determinadas circunstâncias, mas sem deixar de proteger os direitos do autor.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a época do Império Romano até o fim do Estado liberal, não se atribuía uma função social aos institutos do direito privado, como hoje se fala da função social da propriedade, do contrato, dentre outros. De modo que a condição de ingerência do Estado perante os particulares, em vez de criar um ambiente harmônico e sadio para a sociedade, acabou por fomentar a desigualdade social, porque, diferentemente de como se pensava no período liberalista, as pessoas não nasciam iguais, mas sim em diferentes condições, em que cabia ao Estado assegurar uma igualdade material aos indivíduos, igualando essas desigualdades.

Apesar de o homem ser livre, sendo-lhe assegurado como direito fundamental a liberdade, esta não pode ser usada de modo egoístico a causar prejuízos para a sociedade, mas utilizar-se dessa liberdade garantida pelo Estado de modo construtivo para contribuir na criação de uma sociedade mais justa, livre, e solidária, conforme os princípios fundantes desse Estado. Por meio do direito de autor, pode-se buscar diminuir as desigualdades sociais, agindo de acordo com os princípios elencados na Constituição Federal, quais sejam, dentre outros, o da solidariedade.

³⁶ CARBONI, Guilherme. *Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor*. Disponível em: <<http://www.gcarboni.com.br/pdf/G6.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

A obra é fruto do trabalho criativo de um indivíduo, mas permeado pelos reflexos culturais da sociedade, absorvidos durante a vivência do criador. A socialização da obra é um meio de retribuir e contribuir para a sociedade, por todo o legado cultural que demais criadores também lhe deixaram, possibilitando o contínuo desenvolvimento social.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2000.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. *Ensaios sobre impactos da Constituição Federal de 1988 na sociedade brasileira*. Brasília: Coedi, 2008.

BRASIL. Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

CARBONI, Guilherme. *Aspectos gerais da teoria da função social do direito de autor*. Disponível em: <<http://www.gcarboni.com.br/pdf/G6.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

EPPLE, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller; KNIES, Luís Felipe. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos (Org.) e outros. *Estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clóvis (Orgs.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

FLORIANO, Neida Terezinha Leal; FLORIANO JÚNIOR, Márico. A nova interpretação constitucional: uma (re)leitura necessária em face das transformações do Estado. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clóvis (Orgs.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

LEMKE, Nardim Dacy. *Dicotomia direito privado x direito público*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articulos/22384/public/22384-22386-1-PB.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

LUNA, Marta Moreira. O princípio da dignidade da pessoa humana como lócus hermenêutico da nova interpretação constitucional. *JurisWay*, 22 jan. 2009. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=1080>. Acesso em: 17 nov. 2012.

MARQUESI, Roberto Wagner. Fronteiras entre o direito público e o direito privado. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 908, 28 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7788>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

MARTINEZ, Vinício Carrilho. Estado de direito social. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 384, 26 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/5494>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

MARTINS DE ARAÚJO, Kleber. Contratos administrativos: cláusulas de reajuste de preços e reajustes e índices oficiais. *Jus Vigilantibus*, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.jusvi.com/artigos/566>>. Acesso em: 10 fev. 2012.

REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A Constitucionalização do direito privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral. In: REIS, Jorge Renato dos (Org.) e outros. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

REIS, Jorge Renato dos; GORCZEWSKI, Clóvis (Orgs.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O contrato e sua função social*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.



DIREITO EXTRAPATRIMONIAL DO AUTOR: O 'SER' SOBREPONDO-SE AO 'TER'

Michele Braun

Mestranda em Direito na UNISC. Pós-graduada em Processo e suas Transformações pela UNISUL (2008) e em Direito Civil e seus Instrumentos de Tutela pela UNIDERP (2010). Graduada em Direito pela UNISC (2003). Participante do grupo de Estudos de Direito de Autor, coordenado pelo prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Assessora Jurídica da UNISC. Advogada.

Contato: michelebraun@bol.com.br.

Luiz Gonzaga Silva Adolfo

Doutor em Direito pela Unisinos. Professor do PPG em Direito da UNISC. Professor do Curso de Direito da Ulbra (Gravataí/RS). Participante do grupo de Estudos de Direito de Autor, coordenado pelo prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Membro da Comissão Especial de Propriedade Intelectual da OAB/RS. Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual - APDI. Advogado.

Contato: gonzagaadolfo@yahoo.com.br.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.
2. UM APANHADO SOBRE A LEGISLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL.
3. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E SEUS REFLEXOS SOBRE O DIREITO AUTORAL.
4. O DIREITO EXTRAPATRIMONIAL DO AUTOR: O 'SER' SOBREPONDO-SE AO 'TER'.
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
 - REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade contemporânea depara-se com um paradoxo no que diz respeito ao contexto das relações sociais, estabelecido com o advento da Constituição Federal de 1988. Isso pode ser exemplificado com o fato de as relações antes individuais e privatísticas terem-se tornado alvo de releitura mediante os preceitos da Carta Magna.

Os contratos, a propriedade, a família, dentre outros conceitos, hoje, são constitucionalizados. O direito autoral, dessa forma, também deve sê-lo. Assim como os institutos acima mencionados conseguiram desvincular-se do conceito patrimonial que fazia parte, inclusive de sua origem, falando-se da concepção dos institutos, os direitos autorais, gerados também sob os mesmos aspectos, devem evoluir em suas características fundamentais.

Superado o contexto acima descrito, os direitos extrapatrimoniais do autor, em alguns instantes esquecidos por parte dos doutrinadores autorais, vêm à tona no momento histórico mais propício para tal, pois em tempos em que os direitos fundamentais, dentre eles a dignidade da pessoa humana, são conceitos modernos e imprescindíveis para as relações sociais, justo se faz discorrer sobre o tema.

2 UM APANHADO SOBRE A LEGISLAÇÃO DE DIREITOS AUTORAIS NO BRASIL

Os Direitos Autorais no Brasil são regulados pela Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII¹, e pela Lei

¹ **Art. 5º.** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas; [...] (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2012)

9.610/1998, intitulada Lei dos Direitos Autorais ou LDA. Em um contexto histórico, podem-se apontar os seguintes precursores da referida Lei: em 1927, a Lei dos Cursos de Direito de 1827; o Código Criminal de 1890, que regulou a matéria dos crimes contra a propriedade literária, artística e científica; a Constituição da República de 1891, que atribuiu à matéria nível constitucional; a Lei 496/1891, denominada Medeiros de Albuquerque em homenagem a seu autor, a qual define e garante os direitos autorais; ainda, o Código Civil de 1916, que define a propriedade literária, a científica e a artística, reguladas pelos artigos 649 a 673; e também a Lei 5.988/1973, que nasceu da necessidade de regulação da matéria em um único texto².

A Lei 9.610/1998 foi promulgada com o intuito de oferecer nova roupagem à antiga legislação autoral. Pode-se afirmar que a Lei atual iniciou um novo ciclo, abrangendo, inclusive, novas formas de utilização das criações protegidas por direitos autorais.

No que diz respeito ao conteúdo da legislação, o direito autoral “é ramo do Direito Privado que regula as relações jurídicas, advindas da criação e da utilização econômica de obras intelectuais estéticas e compreendidas na literatura, nas artes e nas ciências”.³ Destaca Bittar que o direito autoral está compreendido no âmbito do direito privado, embora com características de normas de ordem pública, o que garante a consecução de suas finalidades⁴.

Conforme dispõe o artigo 7º da Lei 9.610/1998, o direito de autor e os que lhe são conexos regulam “as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro”⁵.

² EPPLÉ, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller; KNIES, Luis. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, J. R.; BOFF, S. O.; DIAS, F. V. *et al* (Orgs.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 30-34.

³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 8.

⁴ *Idem*, p. 8.

⁵ **Art. 7º.** São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: I – os textos de obras literárias, artísticas ou científicas; II – as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; III – as obras dramáticas e dramático-musicais; IV – as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma; V – as composições

A LDA, em seu artigo 8^o, esclarece quais as obras que não são objeto de proteção e, nesse caso, o enunciado é taxativo. Para Cabral⁷, “[...] a lei procurou abranger um universo maior de setores não protegidos, se tornado mais explícita e restritiva, fechando em sete itens o elenco daquilo que não é protegido pelo direito autoral”.

Já o artigo 11 dispõe sobre quem é autor e estabelece a pessoa natural como a criadora das obras intelectuais, artísticas ou científicas, além de ampliar a proteção dada aos autores e às pessoas jurídicas nos casos previstos na LDA⁸.

musicais, tenham ou não letra; VI – as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas; VII – as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia; VIII – as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética; IX – as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza; X – os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência; XI – as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova; XII – os programas de computador; XIII – as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual. § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis. § 2º A proteção concedida no inciso XIII não abarca os dados ou materiais em si mesmos e se entende sem prejuízo de quaisquer direitos autorais que subsistam a respeito dos dados ou materiais contidos nas obras. § 3º No domínio das ciências, a proteção recairá sobre a forma literária ou artística, não abrangendo o seu conteúdo científico ou técnico, sem prejuízo dos direitos que protegem os demais campos da propriedade imaterial. (BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012)

⁶ **Art. 8º.** Não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I – as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais; II – os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios; III – os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções; IV – os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais; V – as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas; VI – os nomes e títulos isolados; VII – o aproveitamento industrial ou comercial das ideias contidas nas obras.” (BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012)

⁷ CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais: comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 33.

⁸ BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

Sobre a dupla natureza do direito de autor, a extrapatrimonial ou moral e a patrimonial, considera-se que

[...] a melhor doutrina reconhece-lhes caráter híbrido: direito da personalidade – pelo atributo moral – e direito patrimonial – quanto ao aproveitamento econômico da obra. O elemento moral é a expressão do espírito criador da pessoa: manifesta-se com a criação da obra. O elemento patrimonial consiste na retribuição econômica pela produção intelectual, ou seja, na participação do autor nos proventos que da obra de engenho possam advir; surge com a inscrição da obra em um *corpus mechanicum* e a comunicação dela ao público. Mas tais aspectos não são isolados, se cientificamente considerados: integram-se, unem-se, completam-se. Na integração desses direitos é que se acha a unidade da categoria; facetas da mesma realidade são, por natureza, incindíveis.⁹

Podem ser cedidos e/ou transferidos somente os direitos patrimoniais do autor¹⁰, pois somente estes podem ser utilizados, fruídos e dispostos, dependendo da sua autorização a utilização por qualquer modalidade. A Lei de Direito Autoral protege a criação do autor por toda a sua vida e, ainda, por mais setenta anos a contar de 1º de janeiro do ano subsequente à sua morte¹¹.

Os direitos extrapatrimoniais ou morais do autor são os expostos no artigo 24 da LDA¹², esclarecendo Bittar que “os direitos morais

⁹ BITTAR, Carlos Alberto; BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19.

¹⁰ **Art. 28.** Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. (BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012)

¹¹ **Art. 41.** Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo. (BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012)

¹² **Art. 24.** São direitos morais do autor: I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra; III – o de conservar a obra inédita; IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-la, como autor, em sua reputação ou honra; V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; VI – o de retirar de

são reconhecidos em função do esforço e do resultado criativo, a saber, da operação psicológica, com a qual se materializa, a partir do nascimento da obra, verdadeira exteriorização da personalidade do autor”¹³.

3 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO E SEUS REFLEXOS SOBRE O DIREITO AUTORAL

A partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciou-se um movimento em que inúmeros institutos do Direito foram se ajustando, ou deveriam se ajustar, aos fundamentos constitucionais oriundos da Carta Magna. Para Tepedino¹⁴, “consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema em termos interpretativos só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição”.

A Constituição Federal de 1988 passou a aplicar ao sistema legislativo brasileiro os seus princípios, em especial ao direito privado e aos seus institutos, como a propriedade, os contratos, a família, entre outros. Assim, esses institutos passaram a ser vistos por “um prisma diferenciado, pois os preceitos do texto constitucional transformaram a leitura do ordenamento jurídico de maneira geral”¹⁵.

circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado. § 1º Por morte do autor, transmitem-se a seus sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV. § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público. § 3º Nos casos dos incisos V e VI, ressalvam-se as prévias indenizações a terceiros, quando couberem. (BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012)

¹³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994. p. 43.

¹⁴ TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 13.

¹⁵ BAGATINI, Júlia; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. O solidarismo e a lei de direitos autorais: notas iniciais acerca da constitucionalização do direito do autor e a influência

De igual forma, enfatiza Reis¹⁶, o poder normativo da Carta Magna passa a regular os institutos que eram tratados por códigos privados. Portanto, a Constituição Federal de 1988 determina que a legislação infraconstitucional seja, ao seu modo, interpretada. Nesse sentido,

[...] a perspectiva de interpretação civil-constitucional permite que sejam revigorados os institutos de direito civil, muitos deles defasados da realidade contemporânea, e por isso mesmo relegados ao esquecimento e à ineficácia, repotencializando-os, de molde a torná-los compatíveis com as demandas sociais e econômicas da sociedade atual.¹⁷

Para Perlingieri, “o Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora”¹⁸. O texto constitucional passa a exercer o papel unificador do sistema. Houve, portanto, uma mudança de eixo, de paradigma, com o surgimento da chamada constitucionalização do direito civil. A tábua axiológica da Constituição Federal de 1988, isto é, os valores fundamentais dessa Constituição, passam a ser a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a erradicação da pobreza, a liberdade e a igualdade substancial¹⁹.

Portanto, desde que inaugurada a Constituição de 1988, existe um novo pensar sobre toda a legislação infraconstitucional, uma hermenêutica atrelada aos direitos fundamentais vigentes: “À norma

dos princípios constitucionais. In: GORCZEVSKI, Clóvis; LEAL, Mônia Clarissa Henning (Orgs.). *Constitucionalismo Contemporâneo: desafios e perspectivas*. Curitiba: Multideia, 2012. p. 293.

¹⁶ REIS, Jorge Renato. A construção de um novo direito privado pela efetivação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. In: VIAL, Sandra Regina Martini; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta. *Anais... II SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DEMANDAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA*. Porto Alegre: Evangraf, 2005. p. 53.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 21.

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 6.

¹⁹ BAGATINI, Júlia; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. O solidarismo e a lei de direitos autorais: notas iniciais acerca da constitucionalização do direito do autor e a influência dos princípios constitucionais. In: GORCZEVSKI, Clóvis; LEAL, Mônia Clarissa Henning (Orgs.). *Constitucionalismo Contemporâneo: desafios e perspectivas*. Curitiba: Multideia, 2012. p. 296.

é atribuído o sentido [...], no processo interpretativo, porém tal sentido enquadra-se aos mandamentos constitucionais, a fim de haver a valorização dos preceitos assegurados em prol da dignidade humana e da democracia”²⁰.

Por sua vez, o processo de constitucionalização do direito privado, que hoje se encontra em sublime momento de efetivação de suas teorias no país, incorporando-se a toda e qualquer legislação infraconstitucional, não poderia deixar de estar também influenciando a leitura da legislação de direito autoral. Como já enfatizou, em outro texto, o segundo autor destas linhas,

[...] é preciso repensar o modelo clássico (pode-se dizer tradicional) de um Direito Autoral forjado no modelo liberal-individualista consagrado no pós-Revolução Francesa e que, assim, se mostra antes freio que motor à consagração plena da dignidade da pessoa humana [...].²¹

Tem-se que o direito de autor é, para a legislação brasileira, um direito de conteúdo econômico-patrimonial, porque traz essa previsão. Nesse ínterim, é de imperiosa importância a sua leitura sob a orientação dos princípios constitucionais, eis que os direitos fundamentais passam a fazer parte das relações privadas, o que implica uma “leitura completamente nova do sentido das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais”²².

O mais importante, levando em consideração a natureza do direito de autor, é compreender a densidade que ele contém, pois regula elementos de direitos fundamentais. Explicam Reis e Dias que até

²⁰ FARIA, Josiane Petry; FONTANA, Eliane. Hermenêutica filosófica e solidariedade: alguns apontamentos. In: GORCZEWSKI, Clóvis; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). *Constitucionalismo contemporâneo: desafios modernos*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 256.

²¹ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. É possível conciliar o direito autoral clássico com o direito à educação. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012. Tomo 12. p. 199.

²² BAGATINI, Júli; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. O solidarismo e a lei de direitos autorais: notas iniciais acerca da constitucionalização do direito do autor e a influência dos princípios constitucionais. In: GORCZEWSKI, Clóvis; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Constitucionalismo Contemporâneo: desafios e perspectivas*. Curitiba: Multideia, 2012. p. 299.

mesmo o componente criativo tem vinculação direta com a liberdade de expressão, um direito fundamental garantido²³.

Nessa linha de mira, a interpretação da legislação autoral, mesmo que do conteúdo disposto na própria Constituição Federal de 1988, como exemplificado no artigo 5º, deve estar igualmente atrelada a outros direitos fundamentais expressos na Lei Maior, como o direito de acesso à cultura, à educação, à informação e ao desenvolvimento.

Por isso, o autor atual deve ser um intelectual empenhado na defesa da dignidade do autor e na consecução dos direitos sociais inerentes a sua obra. Nesse sentido, com a constitucionalização do direito privado envolto numa ponderação de interesses, o direito autoral adquire conotação social.

4 O DIREITO EXTRAPATRIMONIAL DO AUTOR: O 'SER' SOBREPONDO-SE AO 'TER'

Os direitos extrapatrimoniais do autor nascem juntamente com a criação e são inerentes ao criador de obra literária, artística e científica. O legislador, para reforçar a ideia da primazia do direito extrapatrimonial, no artigo 22 da LDA²⁴, dispôs que “pertencem ao autor os direitos morais e patrimoniais sobre a obra que criou”, trazendo o direito extrapatrimonial em primeiro lugar na ordem da disposição dos itens no texto do artigo da lei, assim como fez o constituinte em relação aos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, mencionando esses direitos no início da Carta Magna.

Afirma Moraes que os direitos extrapatrimoniais “têm luz própria. Nascem com a criação da obra, enquanto os patrimoniais surgem a partir de uma comercialização posterior, que pode não ocorrer, caso o autor opte pelo ineditismo”²⁵. Portanto, só é possível exercitar

²³ REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do Direito Privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral. In: REIS, J. R.; BOFF, S. O.; DIAS, F. V.; *et al* (Orgs.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 84.

²⁴ BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm>. Acesso em: 27 jun. 2012.

²⁵ MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 53-54.

os direitos patrimoniais se o autor, considerando seus direitos extrapatrimoniais, o permitir.

Philadelpho Azevedo²⁶ destaca que “pelo princípio da personalidade humana se explica o direito do autor de ressaltar perante todos a própria dignidade de escriptor e de artista”. Esse mesmo autor entende que o direito autoral extrapatrimonial tem raiz direta na personalidade.

É importante mencionar que a denominação “direitos morais”, trazida pelo texto legal, é criticada por diversos doutrinadores, dentre eles Ascensão²⁷, que diz que “moral” é impróprio e incorreto: “é impróprio, pois não há setores não éticos no direito de autor e é incorreto, pois foi importado sem tradução da língua francesa”. O referido autor prefere “direitos pessoais”. Neste estudo está se utilizando “direitos extrapatrimoniais”, ou, ainda, “direitos morais”.

Para melhor compreensão dos direitos extrapatrimoniais de autor, cumpre, num primeiro momento, destacar alguns aspectos conceituais e legais sobre eles, para que se compreenda sua fundamentação. Os referidos direitos encontram-se delineados nos artigos 24 a 27 da LDA.

No artigo 24 da LDA, nos incisos I a IV, destacam-se os direitos extrapatrimoniais do autor, que são objeto de sucessão. São eles os seguintes direitos: o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra; o de ter seu nome indicado ou anunciado como sendo o autor da obra utilizada; o de conservar a obra inédita; e o de assegurar a integridade da obra quando atingida a sua reputação ou honra.

De acordo com Branco²⁸, o direito de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra, consiste em conferir ao autor o direito de impedir que terceiro atribua a si obra criada por outro. Para Hammes²⁹, quando a obra é utilizada publicamente, é direito do autor ter o seu nome indicado ou anunciado por ocasião dessa utilização. Estes são os chamados direitos à paternidade da obra.

²⁶ AZEVEDO, Philadelpho. *Direito moral do escriptor*. Rio de Janeiro: Alba, 1930. p. 36.

²⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 71.

²⁸ BRANCO, Sérgio. O domínio público no direito autoral: uma obra em domínio público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 188.

²⁹ HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2001. p. 62.

Por conseguinte, o direito de conservar a obra inédita é caracterizado pela sua não divulgação, deixando-a compreendida somente na esfera íntima do autor³⁰. Como destaca Ascensão³¹. “ninguém é obrigado a divulgar aquilo que produziu. Nem necessita de se justificar: está no seu inteiro alvedrio publicar ou não, ou divulgar de qualquer forma.” É oportuno lembrar que, se uma obra foi repugnada pelo autor, em vida, nem mesmo os seus sucessores poderão publicá-la sem que, na visão de Moraes, entrem no mérito da afirmativa. A vontade do autor falecido sempre deverá ser preservada³².

Em continuação, cumpre tratar-se do direito à integridade da obra, sendo importante lembrar que nem todas as modificações são consideradas violações: o são desde que prejudiquem a obra ou atinjam a honra ou a reputação do autor³³.

Pode-se conceituar esse direito moral como a prerrogativa de o autor assegurar a integridade da obra, opondo-se à modificação, deformação ou mutilação desautorizadas, que possam atingi-lo, como autor, em sua dignidade. É o direito que visa a proteger tanto o criador quanto a criação, tendo em vista que esta constitui um reflexo da personalidade daquele e, conseqüentemente, uma emanção de sua própria dignidade como pessoa humana³⁴.

Já os preceitos indicados nos incisos V a VII, do artigo 24 da LDA, extinguem-se com a morte do autor. São eles os direitos de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; de arrependimento; e de acesso a exemplar único e raro da obra.

No que diz respeito ao direito de modificar a obra, antes ou depois de utilizada, é bem verdade que, durante o processo de criação, é irrestrito o exercício de sua modificação; no entanto, depois de utilizada, deve-se estar atento para não interferir em direitos de terceiros³⁵. Já em relação ao direito de arrependimento, sabe-se que a LDA de 1998 deixou mais difícil o exercício deste: o autor só poderá

³⁰ MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 145.

³¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 72.

³² MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 150.

³³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 77.

³⁴ MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 167.

³⁵ *Idem*, p. 203.

exercê-lo quando a circulação ou a utilização da obra implicarem afronta à sua reputação e imagem³⁶. E sobre o direito de acesso a exemplar único e raro da obra, esse preceito tem aplicação, especialmente, às artes plásticas, tendo intuito de direito extrapatrimonial do autor quando pretende tão somente preservar a memória da obra³⁷.

Em relação às características do direito extrapatrimonial do autor, no artigo 27 da LDA, são previstas apenas duas: a inalienabilidade e a irrenunciabilidade. No entanto, a doutrina prevê outras características para o direito extrapatrimonial do autor, quais sejam: intransmissibilidade *inter vivos*, imprescritibilidade, perpetuidade dos direitos extrapatrimoniais à paternidade e à integridade e impenhorabilidade³⁸.

Dando seguimento ao estudo, chega-se ao entendimento de que o direito extrapatrimonial do autor, como visto anteriormente, é aquele que se estabelece além da ordem patrimonial, porque transcende a alma do criador. Para Moraes, notadamente, quando o autor cria uma obra intelectual, projeta sua personalidade no objeto criado, sendo esse reflexo de seu espírito criativo uma emanção de sua própria dignidade como pessoa humana³⁹.

A dignidade⁴⁰ é direito reconhecido como o mais importante e essencial para uma existência digna e uma sociedade justa, tendo sido estabelecido na mais alta lei da hierarquia interna, como direito fundamental⁴¹. Considera Moraes que

[...] a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autode-

³⁶ CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais: comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 46.

³⁷ MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 246.

³⁸ *Idem*, p. 12-17.

³⁹ *Idem*, p. 9.

⁴⁰ [...] a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida dignidade. (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 52)

⁴¹ GORCZEWSKI, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009. p. 16.

terminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. [...]”⁴²

Registre-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988, embutida de valores-guia eleitos para a arquitetura do sistema jurídico, entre os quais se encontra o princípio da dignidade da pessoa humana, deve projetar “a defesa das próprias condições de construção de uma sociedade que é capaz de pactuar valores comuns e construí-los, dentro de um sistema razoável de medidas e parâmetros para a arquitetura do convívio social”⁴³.

A par disso, para Pérez Luño, no constitucionalismo das últimas décadas, fizeram eco algumas das concepções mais relevantes e marcantes desse período, pois

[...] aludir a um sistema constitucional dos direitos fundamentais sugere, de imediato, a questão da interdependência ou mútua implicação existente entre tais direitos; já que a unidade de sentido não aparece como uma qualidade das singulares formulações normativas de cada um dos direitos fundamentais, mas como uma característica de todos eles enquanto conjunto.⁴⁴

Diante do exposto e levando-se em consideração os fundamentos do direito extrapatrimonial do autor, este precisa estar em sintonia com os direitos fundamentais e, como se nota, de modo especial

⁴² MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 48.

⁴³ BITTAR, Eduardo C. B. *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à modernidade*. In: BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Orgs.). *Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização*. Osasco: EDIFIEO, 2006. p. 45.

⁴⁴ PÉREZ-LUÑO, Antonio Henrique. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 18.

com o princípio da dignidade da pessoa humana, para que não desprestige as suas prerrogativas. Estabelece Sarlet que o referido princípio constitucional é o de maior hierarquia axiológico-valorativa no sistema brasileiro⁴⁵.

Inclusive, a Constituição Federal não teria um leque de princípios fundamentais se não fosse para, no plano hermenêutico, influenciar todo o corpo legislativo infraconstitucional⁴⁶. Por isso a repersonalização pela qual passa o direito civil deve contaminar também o direito autoral.

Considerando-se que a leitura dos direitos extrapatrimoniais do autor, com o 'ser' sobrepondo-se ao 'ter', caminha na mesma direção da constitucionalização do direito de autor, pode-se conceituar essa releitura do direito autoral como "fenômeno contemporâneo de regresso da pessoa humana ao centro do Direito; [...] ao considerar o homem como o centro dos interesses, prioriza bem mais a sua dignidade do que as relações patrimoniais"⁴⁷.

É imperiosa a humanização dos direitos autorais, sendo relevante esclarecer aqui que ela se inicia dando os devidos créditos aos direitos extrapatrimoniais, pois estes protegem os direitos autorais em sua perspectiva de criação, sem os vínculos mercadológicos encruados no mundo hodierno.

Com isso não se projeta a expulsão e a "redução" quantitativa do conteúdo patrimonial no sistema jurídico e naquele civilístico em especial; o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não é eliminável. A divergência, não certamente de natureza técnica, concerne a avaliação qualitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo, não a "humilhar" a aspiração econômica, mas, pelo menos, a atribuir-lhe uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.⁴⁸

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 85.

⁴⁶ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008. p. 62.

⁴⁷ MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 47.

⁴⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 33.

Ainda entona Perlingieri que os institutos patrimoniais, por vezes, são incompatíveis com os princípios constitucionais; por isso, estão sempre inclinados a adequar-se aos novos valores, “na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais”⁴⁹.

A repersonalização do direito autoral, o ‘ser’ sobrepondo-se ao ‘ter’, amplia e redimensiona os valores extrapatrimoniais, humanizando o direito e enaltecendo a dignidade da pessoa humana. Realizando-se um paralelo, percebe-se que, para Moraes, “a chamada despatrimonialização não significa desprezo às relações econômicas. Denota, sim, mudança paradigmática do patrimonialismo para o personalismo”⁵⁰.

É preeminente a necessidade de buscar os direitos extrapatrimoniais da vala marginal na qual se encontram, pois estes são os verdadeiros direitos autorais. Infelizmente, a visão patrimonialista (materialista) ainda só consegue enxergar o ‘ter’ em detrimento do ‘ser’. “É tarefa que se impõe ao autoralista do século XXI voltar os olhos à pessoa humana. [...] O Direito Autoral não pode ser despido de sua vocação humanista como, há tempos, vem exigindo o capitalismo”⁵¹.

Por todo o exposto, percebe-se que o Estado moderno é organizado idealizando “um compromisso constitucionalmente garantido de realizar o interesse de cada pessoa”.⁵² Sendo assim, a proteção da pessoa do criador e a dos direitos extrapatrimoniais do autor asseguram a verdadeira essência de ‘ser’ autor. Faz-se imprescindível a valorização da proteção do ser humano criador.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nessas reflexões, percebe-se que, por muito tempo, o direito extrapatrimonial do autor ficou esquecido, mas, no contexto

⁴⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 33.

⁵⁰ MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 47.

⁵¹ *Idem*, p. 48.

⁵² PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 54.

atual, parece retornar do sono letárgico a que estava subjugado. Com o advento da constitucionalização do direito privado, introduzida após a promulgação da Constituição Federal de 1988, iniciou-se precioso momento para os referidos direitos.

Imperiosos valores vieram à tona, como os estabelecidos pelos direitos fundamentais, entre os quais se pode citar o princípio da dignidade da pessoa humana, o mais importante deles. O 'ser' pôde tomar espaço nas relações sociais, não mais impregnadas por conceitos privatísticos, individuais e patrimoniais. O 'ter' teve regulada sua relação subsidiária da qual jamais deveria ter-se ausentado.

A dignidade da pessoa humana deve ser preceito condizente com as relações sociais, em especial as decorrentes do direito autoral, pois só assim se saberá que a pessoa do autor não estará esquecida, que essa pessoa será o centro das atenções e que seus direitos extrapatrimoniais serão respeitados e privilegiados.

Concluindo, faz-se imprescindível a (re)leitura dos preceitos do direito extrapatrimonial do autor sob os princípios fundamentais dispostos na Carta Magna, priorizando os direitos extrapatrimoniais do autor em detrimento dos direitos patrimoniais, pois somente aqueles asseguram a verdadeira essência do ser autor, valorizando o ser humano criador.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. É possível conciliar o direito autoral clássico com o direito à educação. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2012. Tomo 12.

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito autoral*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

AZEVEDO, Philadelpho. *Direito moral do escriptor*. Rio de Janeiro: Alba, 1930.

BAGATINI, Júlia; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. O solidarismo e a lei de direitos autorais: notas iniciais acerca da constitucionalização do direito do autor e a influência dos princípios constitucionais. In: GORCZEVSKI, Clovis; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Constitucionalismo Contemporâneo: desafios e perspectivas*. Curitiba: Multideia, 2012.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1994.

BITTAR, Eduardo C. B. Hermenêutica e constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à modernidade. In: BITTAR, Eduardo C. B.; FERRAZ, Anna Candida da Cunha (Orgs.). *Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização*. Osasco: EDIFIEO, 2006.

BRANCO, Sérgio. *O domínio público no direito autoral: uma obra em domínio público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 nov. 2012.

BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm. Acesso em: 27 jun. 2012.

CABRAL, Plínio. *A nova lei de direitos autorais: comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.

EPPLE, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller; KNIES, Luis. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, J. R.; BOFF, S. O.; DIAS, F. V. *et al.* (Orgs.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

FARIA, Josiane Petry; FONTANA, Eliane. Hermenêutica filosófica e solidariedade: alguns apontamentos. In: GORCZEVSKI, Clovis; REIS, Jorge Renato dos (Orgs.). *Constitucionalismo contemporâneo: desafios modernos*. Curitiba: Multideia, 2011.

GORCZEVSKI, Clóvis. *Direitos humanos, educação e cidadania: conhecer, educar, praticar*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2009.

HAMMES, Bruno Jorge. *O direito da propriedade intelectual: subsídios para o ensino*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor: repersonalizando o direito autoral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PÉREZ LUÑO, Antonio Henrique. *Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional*. Tradução de José Luis Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.


REIS, Jorge Renato dos. A construção de um novo direito privado pela efetivação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas. In: VIAL, Sandra Regina Martini; LEAL, Mônia Clarissa Hennig; REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta. *Anais... II SEMINÁRIO INTERNACIONAL SOBRE DEMANDAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA*. Porto Alegre: Evangraf, 2005.

REIS, Jorge Renato dos; DIAS, Felipe da Veiga. A constitucionalização do Direito Privado brasileiro: a perspectiva do direito autoral. In: REIS, J. R.; BOFF, S. O.; DIAS, F. V. *et al.* (Orgs.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.



O PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E SUA APLICAÇÃO NOS CONTRATOS DE DIREITO DE AUTOR

Ana Paula Pinto da Rocha

Mestranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), na linha de pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo. Especialista em Direito Tributário e Empresarial pela Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade da Região da Campanha (URCAMP). Integrante dos Grupos de Estudos “Direito do Autor” e “Intersecções Jurídicas entre o Público e o Privado”, ambos coordenados pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Integrante e pesquisadora do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico. Advogada.

Contato: anaprocha2@hotmail.com

Arthur Felipe Gressler

Acadêmico do 4º Semestre do Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista do Programa Unisc de Iniciação Científica (PUIC). Participante do Grupo de Estudo “Direito de Autor” e do Projeto de Pesquisa “Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo”, ambos coordenados pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Integrante e pesquisador do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico

Contato: arthurfmg@yahoo.com.br

1. INTRODUÇÃO.
2. O TRATAMENTO JURÍDICO DO DIREITO DE AUTOR E SUAS FORMAS CONTRATUAIS.
3. A CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO PRINCÍPIO: NOTAS INTRODUTÓRIAS.
4. A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO CONTEXTO DOS CONTRATOS DE DIREITO DE AUTOR.
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
 - REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Na atualidade, o que se observa é um direito civil constitucionalizado, ou seja, que atenda aos ideais constitucionais, principalmente no que tange aos negócios jurídicos, os quais, por sua vez, deixaram de ser apenas um pacto firmado entre as partes e para as partes. Hoje, o contrato vai além, devendo ter como parâmetro fundante a sua função social, que o obriga a atender também os interesses da coletividade.

Sob essa ótica é que se procura tratar da temática dos contratos dentro do contexto do direito autoral, vislumbrando a possibilidade da aplicação do princípio da proteção da confiança das expectativas dos contratantes para que o negócio jurídico se dê da maneira mais justa e eficaz para ambas as partes e também no que tange aos seus reflexos para a coletividade.

O princípio da proteção da confiança, como se observará, advém dessa necessidade da legislação civil, aplicável também aos contratos de direito autoral, de entrelaçamento aos ditames constitucionais, mais especificamente à dignidade humana e à solidariedade.

Observa-se, hoje, uma sociedade cada vez mais complexa e que ressalta cada vez mais os aspectos econômicos dos contratos, não sendo diferente com o direito de autor. Assim, a observância da temática proposta, pouco tratada pela doutrina, busca enfatizar a necessidade do aspecto moral do negócio jurídico, ou melhor, do resgate de ideias que, mesmo manifestas em lei, por vezes, são esquecidas em detrimento de ganhos econômicos por parte de grandes indústrias do entretenimento.

2 O TRATAMENTO JURÍDICO DO DIREITO DE AUTOR E SUAS FORMAS CONTRATUAIS

Inegável é a característica *sui generis* do direito de autor no que tange a sua natureza jurídica, pois, além de cuidar do aspecto moral, trata também da questão patrimonial que envolve as criações intelectuais, sejam estas artísticas, científicas ou literárias.

A Lei 9.610/98, que regula o direito do autor no sistema jurídico brasileiro, não está inserida dentro da categoria dos direitos reais e nem dos direitos pessoais, como explica Bittar:

[...] com efeito, os direitos autorais não se cingem, nem à categoria dos direitos reais, de que se revestem apenas os direitos denominados patrimoniais, nem à dos direitos pessoais, em que se alojam os direitos morais. Exatamente porque se hipartem nos dois citados feixes de direitos – mas que, em análise de fundo, estão, por sua natureza e sua finalidade, intimamente ligados, em conjunto incidível – não podem os direitos autorais se enquadrar nesta ou naquela das categorias citadas, mas constituem nova modalidade de direitos privados.

São direitos de cunho intelectual, que realizam a defesa dos vínculos, tanto pessoais, quanto patrimoniais, do autor com sua obra, de índole especial, própria, ou *sui generis*, a justificar a regência específica que recebem nos ordenamentos jurídicos do mundo atual.¹

Diante dessa natureza singular, as criações do intelecto, quando legalmente protegidas, englobam um cuidado não só com os lucros advindos desta, mas também com o aspecto moral de seu criador, já que toda a criação advém de seu engenho e – porque também não dizer – de características próprias de sua personalidade, havendo, assim, profunda inerência entre criador e criação.

Porém, na própria Lei de Direito Autoral (LDA) é possível observar algumas exceções² nas quais se pode utilizar uma obra sem

¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 11.

² O artigo 46 da Lei 9.610/98 assim refere: “**Art. 46.** Não constitui ofensa aos direitos autorais: I – a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo

a necessidade de prévia consulta ou manifestação do autor. Res-salva-se aqui o caráter restritivo dessa disposição, como esclarece Pelegrini:

[...] a própria LDA traz exceções a essas exigências, indicando hipóteses em que pode ser utilizada a obra sem a necessidade de prévia consulta ou manifestação do autor. Os negócios jurídicos baseados no direito do autor devem ser interpretados de forma restritiva, razão pela qual deve ser considerado ta-xativo o rol de casos de uso livre, dentro do prazo de proteção legal, previsto na lei.³

informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários; II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; IV – o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou; V – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização; VI – a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro; VII – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.” (BRASIL. *Lei 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998*)

³ PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. A proteção constitucional e legal do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; BOFF, Salete Oro; DIAS, Felipe da Veiga; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas; TOLOTTI, Stella Monson. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 49.

Quanto ao aspecto patrimonial contemplado pela legislação, cumpre ressaltar que este se reveste de caráter de temporariedade, pois existe prazo para que o autor possa usufruir de sua criação, sendo que, após sua fruição, a obra cairá em domínio público. A figura do domínio público representa “[...] uma espécie de compensação, frente ao monopólio exercido pelo autor [...]”⁴ e diz respeito à possibilidade da obra se tornar “[...] *res communis omnium* (coisa comum de todos), de modo que podem ser utilizadas livremente por quem quer que seja, com ou sem o intuito de lucro.”⁵

Impossível não citar o fato de que os direitos de autor também estão regulamentados pela Constituição Federal de 1988, constando do artigo 5º da Carta Magna, nos incisos XXVII e XXVIII, tratando-se, portanto, de um dos direitos fundamentais e garantias individuais da pessoa humana. Aqui, destaca-se a crítica feita por Bitelli, dizendo que

[...] não se pode deixar de criticar a redação da CF na previsão do Direito de Autor, eis que, em nossa opinião, tanto bastava que no mesmo art. 5º estivesse previsto que “é garantido o direito de autor”, como ocorre com o “direito de propriedade” no inciso XXII ou “direito de herança” no inciso XXX, por exemplo. No direito dos autores o atributo fundamental de sua estrutura dual é o moral de onde decorre o patrimonial, pelo que a CF não deveria esculpir a conferência de um direito tão importante a partir de um de seus atributos, de viés notadamente material quando se trata de um direito intelectual onde o lado incorpóreo ligado à personalidade do criador é o que mais releva. A exploração comercial, contratual e negocial do atributo patrimonial é uma decorrência antecedida pelo íntimo da criação, pelo autor, de sua obra, quando nascem todos os atributos de direito. Como é um direito moral do autor manter sua obra inédita, e, portanto, “fora do comércio”, seria possível, se concluir que o direito moral precede ao direito patrimonial em grau de importância, pelo que este casuismo constitucional demonstra um ato falho de cobiça pela busca e garantia do resultado financeiro do atributo patrimonial.⁶

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p.112.

⁵ SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998. p. 36.

⁶ BITELLI, Marcos Alberto Sant’Anna. Contratos de Direito de Autor – Parte Geral. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 341.

Ainda quanto às determinantes econômicas do direito de autor, associa-se cada vez mais esse ramo do Direito com a recompensa econômica que a obra traz ao seu criador.

I – A associação cada vez mais estreita do Direito de Autor a setores muito poderosos da atividade econômica marca também profundamente a nossa época. O direito de autor nasce amparado na imagem do escritor cuja criatividade se recompensa, embora já nos primeiros tempos seja evidente a marca da atividade editorial. [...]

II – A situação econômico-social do autor não corresponde hoje à visão clássica do criador independente, como que artesanal na elaboração da obra.⁷

Dessa forma, procura-se, neste estudo, dar ênfase aos contratos advindos do direito autoral, visando à cessão e ao uso desses direitos em razão da criação de obra artística, literária ou científica, mais especificamente a utilização desses contratos com o intuito do cumprimento do direito de sequência, definido por Senise como

[...] meio pelo qual o autor poderá vir a perceber direitos patrimoniais de cada reprodução da sua obra e de cada autorização que der para divulgação da obra, seja pelo meio originário ou mediante a inserção da criação em outra espécie de suporte mecânico (adaptação, versão e assim por diante).⁸

Ainda sobre os contratos, é possível dizer que o direito moral ordena todo o sistema contratual do direito de autor, fazendo com que a autonomia da vontade seja limitada em razão das normas legais. Dessa maneira, as “obrigações assumidas no direito de autor, todas as relações se apresentam dependentes do direito moral, que delas constitui, a um só tempo, base e limite”⁹.

O mesmo autor, inclusive, enumera princípios gerais próprios aos contratos de direito de autor:

⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 8-9.

⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 453.

⁹ *Idem*, p. 91.

[...] a) existência de regras legais próprias de forma e de substância, para as obrigações assumidas pelo autor, como limites às convenções particulares; b) instrumentação dos negócios jurídicos por escrito, com a delimitação apartada e precisa de casa direito envolvido; c) alcance limitado das obrigações assumidas pelo autor, em face do respeito devido aos direitos morais; d) daí, impossibilidade total de cessão absoluta de direitos, porque permanecem sempre os direitos morais na regência do vínculo obrigacional; e) impossibilidade de cessão total, global ou indefinida de obras a produzir, porque limitativa da liberdade individual; f) impossibilidade de aproveitamento da obra por outra pessoa, nos contratos possíveis, fora dos limites decorrentes da natureza da obra e dos respectivos termos; g) necessidade de autorização autoral em qualquer forma de utilização econômica da obra; h) participação pecuniária do autor em qualquer forma de utilização econômica da obra; i) interpretação estrita dos negócios jurídicos celebrados pelo autor; j) determinação de regras próprias para a execução dos contratos firmados pelos autores.¹⁰

Assim, é possível eleger como principais tipos contratuais¹¹, específicos do direito de autor, o contrato de Cessão de Direitos (no qual o cessionário obtém do autor ou de seus sucessores o direito de uso e exploração econômica da obra); Contrato de Edição (é celebrado quando o autor entrega a sua obra a interessado para que a reproduza, explorando-a economicamente, de acordo com os limites fixados pelos contratantes – autor e editor); Contrato de Encomenda (quando o autor se compromete a realizar determinada obra a pedido do contratante); Contrato de Representação Dramática (é celebrado quando empresário dá suporte técnico e financeiro à obra, podendo explorá-la pecuniariamente); Contrato de Produção (aqui o autor autoriza alguém que dê determinado suporte à obra, visando à promoção de sua reprodução pelos meios de comunicação); Contrato de Execução (ocorre quando o autor cede os direitos patrimoniais de obra musical a outrem para que este a divulgue e a explore economicamente); Contrato de Obra Futura (aqui, o autor se obriga a confeccionar obra,

¹⁰ LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 93.

¹¹ Classificação baseada na obra: LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos*: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

obrigando-se a cedê-la ao interessado pelo prazo máximo de cinco anos para que este a explore economicamente)¹². Com base em tais premissas, passa-se a analisar a confiança legítima como princípio.

3 A CONFIANÇA LEGÍTIMA COMO PRINCÍPIO: NOTAS INTRODUTÓRIAS

Para esclarecer de que se trata o princípio da confiança legítima, inicialmente, é necessário fazer algumas considerações sobre o que são princípios e como estes se enquadram em nosso ordenamento jurídico.

Dentro de uma visão clássica do que seria um princípio, Alexy aduz que os princípios são razões *prima facie*, sendo “mandados de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas”¹³.

Pelos princípios se exprimem os valores fundamentais de todo o ordenamento jurídico, não constituindo estes o mundo das regras, que tem caráter específico de aplicação. Contudo, cabe lembrar que ambos fazem parte do gênero norma.

Segundo Alexy¹⁴, não é possível a existência de anulação de um princípio em detrimento de outro. O que se busca, em caso de conflito entre estes, é a sua harmonização, baseando-se na ideia de que um princípio pode preceder o outro dentro do caso concreto; porém, sem haver a rejeição completa de um em razão do outro. A complementaridade é que fala mais alto.

Os princípios podem ser expressos ou não expressos. Os primeiros, como a própria denominação já sugere, encontram-se positi-

¹² Barros apresenta em sua classificação dos contratos de direito de autor, o Contrato de tradução (quando alguém assume o compromisso de traduzir a obra de outrem mediante pagamento, e o Contrato de alienação de obra de arte ou manuscrito que visa a transmissão do direito de expor, a obra de arte ou manuscrito, ao público mediante remuneração, mas não dá o direito de reproduzi-la. (BARROS, Wellington Pacheco. *Contratos: estudos sobre a moderna teoria geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004. p. 171)

¹³ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 68. [Tradução livre].

¹⁴ *Idem*, p. 70-71. [Tradução livre].

vados dentro do ordenamento jurídico, já os não expressos são os que surgem em razão da interpretação, como explica Bobbio:

[...] ao lado dos princípios gerais expressos, há os não expressos, ou seja, aqueles que se podem tirar por abstração de normas específicas ou pelo menos não muito gerais: são princípios ou normas generalíssimas, formuladas pelo intérprete, que busca colher, comparando normas aparentemente diversas entre si, aquilo a que comumente se chama o espírito do sistema [...]¹⁵

Dito isso, é possível verificar que, aos contratos de direito de autor, é subsidiariamente aplicável aquelas normas presentes dentro do ordenamento civil brasileiro, já que estas, com a entrada em vigor do atual Código Civil, tomaram posição de harmonia com o texto constitucional.

Nesse sentido, vale transcrever Adolfo, que refere sobre a necessidade da renovação do direito autoral, passando este de uma conduta privatista à compreensão do fim social inerente ao seu conteúdo e, portanto, à necessidade de uma maior integração aos princípios constitucionais:

A pedra angular, todavia, espera-se tenha ficado clara nestas linhas, a de um Direito Autoral renovado, vinculado necessariamente a seu fim social e aos princípios constitucionais, mormente o da dignidade da pessoa humana, que muitas vezes impõe seu abrandamento para a concretização desta, naquilo que se convencionou denominar em instante pretérito de “maximização dos benefícios sociais” neste domínio, com uma visão ampliada das limitações, superando o Direito Autoral em sua visão eminentemente privatística e as limitações como se fossem *numerus clausus* como se vê na teoria autoralística tradicional.¹⁶

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999. p. 159.

¹⁶ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 336.

É possível afirmar que as relações contratuais abarcadas pelo direito de autor têm em sua generalidade caráter privado, adentrando, assim, na regra geral, referente aos contratos, ditada pelo Código Civil, sem descuidar, obviamente, dos direitos fundamentais presentes na Constituição Federal.

Além do Estado, entendemos que os particulares devem necessariamente estar vinculados à aplicação dos direitos fundamentais em suas relações privadas. Do contrário, vários seriam os problemas práticos caso fosse adotada a teoria de não aplicação dos direitos fundamentais às relações privadas. [...] ¹⁷

Dentro dos princípios gerais do negócio jurídico, o atual sistema civil confere grande importância ao princípio da boa-fé objetiva, que, nas palavras de Roberto Senise Lisboa, “[...] influi e se complementa harmonicamente com outros princípios expressos e também com princípios não expressos.” ¹⁸

Nesse contexto é que se enquadra o princípio da proteção da confiança, tendo se desenvolvido mais fortemente na Alemanha a partir do início dos anos cinquenta, no momento do pós-guerra, quando o Estado social alemão passa a desempenhar um rol mais amplo de atribuições.

Cumprе ressaltar que o princípio da boa-fé objetiva é considerado como o instituto que influenciou o surgimento do princípio da proteção da confiança, como explica Araújo ¹⁹. A boa-fé objetiva oriunda da *bonae fidei iudicia* do Direito romano nasceu originariamente no direito privado e com a evolução passou a ser aplicada também ao direito público, sendo que, após a Segunda Guerra, o Poder Judiciário alemão começou a empregar a boa-fé objetiva visando a proteção do cidadão perante o Estado, surgindo daí a semente que veio transformar-se no princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutz*).

¹⁷ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias. In: DRUMMOND, Victor (Coord.). *Coleção Direitos Autorais e Temas Afins*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 128.

¹⁸ LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 31.

¹⁹ ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009. p. 23-24.

Dessa forma, é possível afirmar que o princípio da proteção da confiança teve nascedouro na necessidade de proteção do indivíduo perante o Estado, no sentido de assegurar seus direitos contra a prática de ações arbitrárias ou injustas do ente público.

Quando se parte de uma abordagem estritamente conceitual e principiológica, pode-se dizer que o princípio da proteção da confiança legítima é um “mandado de otimização”, como nos ensina Alexy²⁰, já supracitado, devendo atingir um estado de confiança baseado em razão da realização de alguns comportamentos:

[...] a confiança, adjetivada como ‘legítima’, é um verdadeiro princípio, isto é: uma norma imediatamente finalística, estabelecendo o dever de ser atingido um ‘estado de coisas’ (isto é: o estado de confiança) para cuja realização é necessária adoção de determinados comportamentos.²¹

Um fundamento muito presente no princípio da proteção da confiança é o fato de que ele tem uma grande carga sociológica em seu sentido, pois procura renovar um sentimento que, em uma sociedade liberal e individualista, era impensável ou pouco provável, que é a confiança.

Cumprе ressaltar a importância do princípio da proteção da confiança, que, mesmo não expresso e ainda pouco explorado pela doutrina brasileira, possui também, além de seu viés subjetivo que se traduz por uma questão psicológica dos contratantes, caráter objetivo, voltando-se para a questão da estabilidade do negócio, como explica Lisboa:

A confiança subjetiva é psicológica e voltada para a questão da estabilidade sob um duplo aspecto: a sensação de estabilidade que o sistema jurídico oferece à pessoa e a que o negócio jurídico lhe confere. Sob a perspectiva do confiante, ela é pessoal e

²⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

²¹ MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre Estado e os Cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 114-115, out./dez. 2010. Disponível em <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/arti cle/viewFile/641/821>>.

intransferível: acredita-se por motivos juridicamente razoáveis ou não, e conclui-se ou executa-se o contrato, se for o caso.

Já a confiança objetiva, enquanto valor, é voltada diretamente para o problema da estabilidade negocial, diante de uma análise da conduta de outro negociante.

Logo, a confiança é também um valor fundamental do negócio jurídico, mas que não tem a sua gênese a partir do sistema legal. É gerada pelas partes. Confiar nas normas em vigor não é acreditar no negócio jurídico em si. A confiança negocial é focada, delimitada à pessoa do outro, ao conteúdo do pacto e à certeza de que os riscos que porventura vierem a acontecer não impedirão a satisfação do interesse.²²

Dentro de tais parâmetros e diante de uma sociedade que contrata massivamente, resta difícil saber em quem confiar no momento do desenvolvimento do negócio jurídico, já que hoje ocorre o fenômeno da ‘despersonalização negocial’²³, no qual é possível contratar determinado serviço pela internet ou telefone, sendo impossível prever se o objeto da contratação irá se perfectibilizar ou não.

Assim, na tentativa de dar as relações contratuais, cada vez mais complexas na atual conjuntura, um caráter de maior confiabilidade e segurança quanto ao outro, baseando-se principalmente em ideais solidaristas e de ordem cooperativa, bem como de todas as demais implicações relativas a essas feições (como, por exemplo, respeito, dignidade, comprometimento, etc.), o princípio da proteção da confiança surge como elemento que visa a efetivar o equilíbrio e a justiça contratual.

4 A POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA NO CONTEXTO DOS CONTRATOS DE DIREITO DE AUTOR

Como foi possível observar, os contratos de direito autoral reza, assim como todos os demais contratos em um sinalagma, ou seja, a uma obrigação que envolve duas partes (cedente – cessionário, por exemplo); porém, tal ideia vai além dessa perspectiva.

²² LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 20-21.

²³ *Idem*, p. 125.

A questão da bilateralidade do contrato apenas será eficaz se houver um sinalagma funcional agregando a noção de corresponsabilidade entre as partes contratantes. Sobre o sinalagma funcional, explica Varela:

[...] O sinalagma *funcional* aponta essencialmente para a ideia de que as obrigações têm de ser exercidas em paralelo (visto que a execução de cada uma delas constitui, na intenção dos contratantes, o pressuposto lógico do cumprimento da outra) e ainda para o pensamento de que todo o acidente ocorrido na vida de uma delas repercute necessariamente no ciclo vital da outra.²⁴

Dessa maneira, nos contratos de direito de autor, deve haver sempre esse vínculo entre as partes, até mesmo pelo fato de que o autor, embora ceda os direitos patrimoniais de sua obra, deve ver respeitados os direitos morais dela decorrentes.

Assim, em razão de tais fatores, entende-se que da relação jurídica existente entre as partes de um contrato de direito autoral é possível a aplicabilidade do princípio da proteção da confiança, pois, ao se analisar o caso comentado acima, verifica-se que se, hipoteticamente, uma das partes descumprir o prometido, usando a obra sem mencionar o nome do autor, por exemplo, ou alterando a obra sem o consentimento de seu criador, haverá motivo para que este alegue a quebra da confiança contratual em razão de tal atitude, exigindo a reparação correspondente, já que a confiança entre as partes deve nortear a relação contratual em todos os seus momentos, seja antes, durante ou depois da celebração do contrato.

A análise da confiança ganha importância no plano da eficácia do negócio jurídico porque confere ao acordo o que corresponde às expectativas legítimas das partes, aplicando-se referido princípio na responsabilidade civil pré-negocial, assim como na negocial e, ainda, na pós-negocial.²⁵

Outra situação que também é passível de se verificar a quebra da confiança contratual ocorre quando, por exemplo, determinado

²⁴ VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000. p. 397.

²⁵ LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 33.

autor é contratado para a elaboração de obra futura, porém, mesmo tendo cumprido contratos anteriores da mesma natureza, não cumpre o pactuado. Assim, o adquirente da obra que depositou sua confiança no contratado, esperando dele o cumprimento do acordo, até porque este realizou ações anteriores que o levaram ao convencimento da outra parte de que realmente o acerto iria se cumprir, poderá invocar o princípio ora tratado.

É de asseverar que o princípio da proteção da confiança não se confunde com a boa-fé objetiva, pois, nesta, os contratantes agem no sentido de satisfazer o outro, constituindo uma regra de conduta. Por outro lado, quando se fala de confiança, não há a cooperação com o outro em benefício dele, sendo que aqui o que se verificará são as condutas pregressas para que se vislumbre se há ou não a possibilidade da existência da confiança. “O confiante espera ou atua por se sentir seguro. O fiel age por autodeterminação para que o outro se sinta seguro.”²⁶

Dessa forma, e para a verificação dentro do caso concreto, o confiante conta com algumas expectativas dentro do negócio jurídico, supondo assim que a quebra de uma destas poderá prejudicar o contrato:

Expectativas de esclarecimento

O direito às expectativas de esclarecimento consubstancia a obtenção do conhecimento considerado relevante e adequado em determinado negócio jurídico. [...]

As expectativas de esclarecimento podem ser divididas em três modalidades:

a) as expectativas de conselhos, consubstanciando-se o dever de esclarecer não apenas o fornecimento de um dado, mas de uma sugestão pessoal ou parecer, com adequação deve ser antecipada no caso concreto, levando-se em conta as circunstâncias da relação jurídica estabelecida.

b) as expectativas de advertência, quando o confiante precisa tomar conhecimento de um fato a fim de saber das suas consequências e decidir se prosseguirá em sua conduta ou não (*mise en garde*).

²⁶ LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 150.

c) as expectativas de informação, vinculadas a qual que dado relevante para o bom andamento do “programa negocial” e, portanto, alusivo tanto ao objeto da avença como a situação negociante por ocasião em que o acordo foi liberado e no decorrer da execução das prestações.

[...]

Expectativas de coerência de conduta

[...]

Independentemente do mérito da conduta em si, que variará conforme as circunstâncias, não pode o confiante ter a sua expectativa frustrada por conduta que se afigura incompatível com a ação anterior praticada pelo outro.

[...]

Expectativas de tratamento digno

Todo negociante tem expectativas de ser tratado com dignidade durante as etapas em que o contrato se desenvolve, desde as negociações preliminares até depois da própria realização completa do acordo, no que se refere aos seus efeitos.

[...] ²⁷

Aqui se observa a superação da carga individualista presente no direito de autor, exigindo que este cumpra também a sua função social, visando buscar sempre o atendimento dos preceitos constitucionais, como explica Reis,

[...] o viés individualista que historicamente marcou o Direito de Autor, onde se destacam os aspectos patrimonial e moral do autor, respectivamente na exploração econômica da obra e na proteção da personalidade de autor, deve ser adequado à nova realidade social e jurídica do País, onde se exige de todos os institutos jurídicos, muito especialmente dos institutos privados, uma funcionalidade social, no caso do Direito de Autor, de forma que atenda aos direitos fundamentais da sociedade à educação, à cultura, e a informação, com uma maior possibilidade de acesso às obras.²⁸

²⁷ LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 161-172.

²⁸ REIS, Jorge Renato dos. O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Orgs.). *Propriedade Intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 159.

Com base em tais perspectivas, é possível afirmar que, além dos princípios gerais aplicáveis aos contratos oriundos do direito de autor, merece também observância o princípio da proteção da confiança, fazendo com que o objeto do acerto firmado entre as partes se fundamente em um negócio jurídico justo, objetivo e solidário, superando a ótica individualista ou patrimonial ao extremo, incompatível, portanto, com os direitos autorais na atualidade.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando-se todo o exposto, é possível afirmar que em outros tempos tenha se tentado fazer do contrato algo que, mesmo tendo caráter de sinalagma, na realidade não passava de um contrato de mera adesão, no qual a parte mais forte dominava a mais fraca.

Nos dias atuais, a visão é completamente diversa. A existência de cláusulas gerais (como boa-fé objetiva, função social do contrato, etc.), prescritas pela legislação que hoje vigora, traz uma carga valorativa muito grande e significativa envolvendo o negócio jurídico, fazendo com que aquilo que era tido como apenas interpartes observe os efeitos diretos e indiretos da contratação firmada no seio da sociedade.

Quanto ao direito de autor, é possível verificar que, mesmo observando-se hoje uma mais valia de sua expressão econômica, em razão dos altos valores envolvidos quando da exploração das obras (sobretudo as artísticas e literárias), esse ramo do Direito criou em si uma proteção importante quanto à questão moral do autor, fator que deve ser observado também quando da realização dos contratos.

Desse modo, o princípio da proteção da confiança e a sua possível aplicabilidade nesses contratos só vem demonstrar mais ainda a observância dessa característica já presente no direito de autor, pois tanto o autor como o editor, assim como qualquer outra parte que figurar nesse tipo de negócio jurídico, poderá se valer de sua aplicação quando verificar que o objeto do contrato não se perfectibilizou em razão de quebra da confiança de uma das partes diante da frustração de expectativas (seja de informação, de coerência de conduta ou de tratamento digno), como referido acima.

Assim, o princípio ora tratado surge na tentativa de fornecer às relações contratuais, aqui especificamente àquelas que envolvam direito autoral, um caráter de maior confiabilidade e segurança quanto ao outro, baseando-se principalmente em ideais solidaristas e de ordem cooperativa, servindo como elemento que permitiria a efetivação do equilíbrio e da justiça contratual.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. *O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado*. Niterói: Impetus, 2009.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Autoral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

BARROS, Wellington Pacheco. *Contratos: estudos sobre a moderna teoria geral*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. Contratos de Direito de Autor: Parte Geral. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge (Coord.). *Direito dos Contratos*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de Autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. Direitos Autorais na Internet e o Uso de Obras Alheias. In: DRUMMOND, Victor (Coord.). *Coleção Direitos Autorais e Temas Afins*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. *Lei 9.610/98, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1998.

LISBOA, Roberto Senise. *Contratos Difusos e Coletivos: consumidor, meio ambiente, trabalho, agrário, locação, autor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LISBOA, Roberto Senise. *Confiança Contratual*. São Paulo: Atlas, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre Estado e os Cidadãos: a segurança como crédito de confiança. *Revista CEJ*, Brasília, n. 27, p. 110-120, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewFile/641/821>>.

PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. A proteção constitucional e legal do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; BOFF, Salete Oro; DIAS, Felipe da Veiga; PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas; TOLOTTI, Stella Monson (Orgs.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

REIS, Jorge Renato dos. O direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Orgs.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Carlos Fernando Mathias de. *Direito Autoral*. Brasília: Brasília Jurídica, 1998.

VARELA, Antunes. *Das Obrigações em Geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.



SOFTWARE: PROTEÇÃO JURÍDICA E PENALIDADES APLICÁVEIS

Paulo Renato de Moraes Silva

Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Tecnológica e Inovação PROBITI-FAPERGS. Membro do grupo de estudos de Direito de Autor, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis.

Contato: prmorais@mx2.unisc.br

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.
2. A PROTEÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE;
 - 2.1 O SOFTWARE COMO CRIAÇÃO;
 - 2.2 HISTÓRICO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO SOFTWARE;
 - 2.3 FORMA DE PROTEÇÃO ADOTADA.
3. AS PENALIDADES APLICÁVEIS NA VIOLAÇÃO AO SOFTWARE.
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
 - REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A internet, sem dúvida, estabeleceu um novo paradigma na forma como a informação circula ao redor do mundo. Sobre o impacto da internet em relação ao direito de autor, é possível visualizar o surgimento de uma nova realidade em torno deste, pois a informação em formato digital pode ser reproduzida instantaneamente, com exatidão, velocidade e em uma infinidade de vezes, diferentemente das cópias feitas da técnica analógica¹. Tem-se uma verdadeira explosão da informação em termos de quantidade, rapidez e qualidade à disposição do público. Nas últimas décadas, vivencia-se grande revolução tecnológica com a introdução na vida cotidiana do uso de computadores e todas as criações que o acompanham. Por esse motivo, é importante serem repensados antigos dogmas jurídicos no intuito de adaptá-los a essa nova realidade.

O programa de computador desempenha papel muito importante neste novo modelo de sociedade em que vivemos. A emergência, desenvolvimento e difusão de novas tecnologias de informação e comunicação estariam na base da estruturação do novo quadro de relações sociais e econômicas, configurando esse novo tipo de sociedade. Esta que se convencionou chamar de “Sociedade da Informação”, na qual a informação e o conhecimento passam a constituir bens de imensurável valor, indispensáveis para o desenvolvimento econômico, tecnológico e cultural da sociedade². Entre as manifestações da informação como bem econômico político e jurídico mais relevante do mundo moderno, o programa de computador é um dos mais estratégicos. O controle da tecnologia torna-se vital e dita as possibilidades de desenvolvimento e de inclusão social. As funções e os processos principais da era informacional estão sendo cada vez mais organizados em rede e por meio da internet. Tem-se como efeito desse avanço tecnológico impulsionado pela internet a forma fantástica de diminuição das barreiras de espaço e tempo,

¹ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade de informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 245.

² REIS, J. R. dos; PIRES, E. *A utilização das obras intelectuais autorais frente às novas tecnologias: função social ou pirataria*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1809/1584>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

promovendo o desenvolvimento da Sociedade Informacional, que se fundamenta no conhecimento, na pesquisa, na fácil acessibilidade e utilização da informação.³ De Gonzaga Adolfo, “um *tsunami* no Direito Autoral”⁴.

Porém, tendo em vista a permissão de maior acessibilidade e rapidez aos bens intelectuais, ocorre, nas palavras

Essas informações não podem ser dispensadas, seja pela quantidade ou pela qualidade, pois o conhecimento é diretamente relacionado com o poder e vice-versa, e o computador e seus softwares são um multiplicador desse poder. Borruso, citado por Paesani, afirma: “Se o jurista se recusar a aceitar o computador, que formula um novo modelo de pensar, o mundo certamente não dispensará a máquina, dispensará o jurista”⁵.

Imprescindível se faz entender o conceito de *software*. Valse de uma de suas definições, conferida pelos dicionários: “qualquer programa ou conjunto de programas de computador”⁶.

Definir os chamados *softwares*, ou *programas de computador*, é uma tarefa um pouco árdua, pois deste se depreendem vários outros sistemas, como indica João Henrique da Rocha Fragozo:

Os *programas de computador* constituem obras complexas, pois a eles aderem elementos das mais variadas formas. Jogos, desenhos, cálculos matemáticos, fonografia, fixações audiovisuais, podendo excluir textos, músicas e imagens, dependendo da natureza do programa [...] como um complexo sistema interativo, ele ultrapassa, de longe, o mero campo da tecnologia, adentrando num campo vastíssimo de utilização de obras artísticas, literárias e científicas [...] Sua definição é ampla, como é ampla sua natureza [...] o chamado *software* vai muito além de

³ WACHOWICZ, Marcos. *Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos*. Anais do V Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008.

⁴ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autorial na sociedade de informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

⁵ PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do software*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 14.

⁶ NOVO DICIONÁRIO AURÉLIO. “Software”.

um simples conjunto organizado de elementos codificados em linguagem binária, uma vez que pode ser muito mais do que um meio, uma ferramenta, como um programa aplicativo ou um programa operacional.⁷

Para melhor compreender o significado de *software*, o programa de computador possui definição legal no artigo 1º da Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998. Diz o referido dispositivo:

[...] é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.⁸

Assim, devemos entender até que ponto é eficaz e se realmente fica resguardado o *software* pelo direito de autor diante de tamanhos avanços e difusão da informática. Hoje, a pirataria ultrapassa fronteiras graças à internet. Pergunta-se, assim, se estaria essa proteção realmente surtindo efeitos para a devida proteção contra a pirataria, esta que, por muitas vezes, é praticada por muitos por sequer sabermos ao certo o que a caracteriza.

Com base no exposto, o artigo propõe uma análise acerca da eficácia e adequação da proteção jurídica conferida aos programas de computador pela égide do direito autoral brasileiro, com a respectiva caracterização dos delitos praticados contra esses bens. Primeiramente, será abordado o estudo com a evolução da proteção ao *software*, com as condições e limites da mesma, tutelados pelo direito autoral, sendo analisada também a adequação dessa tutela segundo o regime jurídico brasileiro. Depois, serão analisadas as diversas formas de violação ao *software* e suas penalidades aplicáveis.

⁷ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: Da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 50 e 51.

⁸ Definição transcrita do artigo 1º, parágrafo único, da lei brasileira 7.646, de 18 de dezembro de 1987.

2 A PROTEÇÃO JURÍDICA DO *SOFTWARE*

O ponto de partida do presente trabalho será a análise da evolução da proteção ao *software*, com as condições e os limites dessa proteção tutelados pelo direito autoral, visto que a lei específica visa tão somente a adaptar o sistema autoral à realidade dos programas de computador.

Foi com a invenção da imprensa, por Gutenberg⁹, que foi possível a reprodução em massa das obras até então manuscritas – o marco histórico da necessidade de se proteger os direitos de autor saltou aos olhos com essa invenção. Isto porque, antes de sua descoberta, havia apenas uma proteção abstrata, que se tratava mais de uma admiração popular pelo artista criador.

Faz-se importante, neste momento, ter a definição de autor. Nesse sentido, a própria LDA procura defini-lo como sendo “a pessoa física criadora da obra literária, artística ou científica¹⁰, sendo que, pela lei, os programas estariam inseridos na categoria de obras literárias¹¹.

Nesse sentido,

[...] criador da obra é aquele que deu origem a ela, que exteriorizou sua criação [...] assim, a regra é que a pessoa física será sempre a autora da obra intelectual, até mesmo porque tais criações derivam do pensamento humano, do intelecto, independentemente da capacidade civil ou mental.¹²

⁹ Johann Gutenberg (c. 1400-1468), impressor. Em 1438, associou-se com Andreas Dritzehn para levar adiante experimentos de impressão. Em 1450, criou uma impressora na qual, provavelmente, começou a imprimir a Bíblia de Gutemberg, ou Bíblia das 42 linhas. (ENCICLOPÉDIA ENCARTA, 2000)

¹⁰ CABRAL, Plínio. *A nova lei dos direitos autorais: comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 60.

¹¹ A Convenção da OMPI, sobre direito de autor, estabeleceu (art. 4º) que programas de computador estão protegidos como obras literárias. Por seu turno, a lei de regência insere os programas de computador entre as obras protegidas, sem caracterizá-las como literárias, e a Lei 9.609, de 19/09/1998 estampa, em seu artigo 2º, que o regime de proteção aos programas é o mesmo atribuído às obras literárias consoante a legislação autoral, com ressalva aos direitos morais.

¹² REIS, J. R. dos; BOFF, S. O.; DIAS, F. da V.; PELLEGRINI, G. K. de F.; TOLOTTI, S. M. (Orgs.). *Estudo de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: a evolução histórica do direito de autor*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 60.

Logo, o criador da obra, seja ela literária, artística ou científica, tem os seus direitos reservados.

Quando se refere ao direito de autor, estamos falando de leis que têm por escopo a garantia ao criador da obra de participação financeira e reconhecimento moral em troca da utilização da obra por ele criada. O direito de autor poderia ser definido, então, como “o direito que o criador de obra intelectual tem de gozar dos produtos resultantes da reprodução, da execução ou da representação de suas próprias criações”¹³.

Os direitos autorais existem, fundamentalmente, para permitir que o autor tenha controle do uso de sua obra, em especial dos benefícios comerciais, que tanto podem ser de atributo patrimonial como de atributo moral, embora a Lei de *Software*, por sua vez, nos termos de seu artigo 2º, § 1º, não englobe os direitos morais.

2.1 □ SOFTWARE COMO CRIAÇÃO INTELECTUAL

Adolfo¹⁴ enfatiza que, com a entrada em cena da internet, ocorreram modificações significativas na forma de distribuição e de acesso às obras intelectuais.

Segundo Del Nero¹⁵, com a chegada da sociedade industrial e o advento de técnicas sofisticadas de produção, em especial a incorporação da ciência como força diretamente envolvida nos processos de criação e produção, a concepção jurídica ampliou-se, buscando demarcar o campo de domínio de próprio conhecimento, e não apenas das coisas em si, das mercadorias. Assim se tem referência à propriedade intelectual, transcendendo a ideia inicial da concepção clássica da coisa em si. Nessa medida, as empresas foram levadas à criação e ao desenvolvimento de sinais e marcas de expressão, distintivos para seus produtos e para sua própria identificação e seu reconhecimento,

¹³ AFONSO, Otávio (Org.). *Manual de Direito Autoral*. Fundamentos do Direito Autoral. Brasília: Centro Brasileiro de Informações sobre Direitos Autorais, 1989. p. 6.

¹⁴ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade de informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 246.

¹⁵ NERO, Patrícia Aurélio Del. *Propriedade intelectual*. A tutela jurídica da biotecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 34.

surgindo assim, a necessidade de proteção a uma nova categoria de bens econômicos: os de natureza imaterial e incorpórea, passíveis de apropriação por parte da empresa.

As formas básicas de proteção de tal categoria de bens, ou seja, da propriedade intelectual, segundo Robert Sherwood¹⁶, são:

1. O *segredo de negócio*, que consiste em informação comercial ou industrial valiosa, que deve ser mantida fora de conhecimento público.
2. O *copyright*, que é direito autoral;
3. O *mask work*, que consiste na expressão do desenho de elementos de um *chip* semicondutor, que é exclusivo de seu criador, ficando inserido entre a proteção conferida pela patente e o *copyright*;
4. A *patente*;
5. E a *marca registrada*.

Não podemos deixar de ponderar que cada uma das partes constitutivas do suporte lógico de computador é inegavelmente uma criação da inteligência humana.

Nesse sentido, Manfred Kindermann descreve essa atividade como intelectual:

A programação suscita os mesmos sentimentos de emoção e angústia de que pode experimentar o autor de uma descoberta científica, o compositor de uma sinfonia, o arquiteto e o romancista. A programação constitui uma experiência profundamente humana em que a estética não pode ser imitada ou apreciada por simples máquinas¹⁷.

Concluimos, assim, que o *software* é um bem produzido pelo esforço criativo de alguém, que elabora a programação, este, como criador da obra intelectual de informática, tem um direito à sua cria-

¹⁶ SHERWOOD, Robert. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Edusp, 1992.

¹⁷ KINDERMANN, Manfred. O direito do autor internacional e a proteção do programa de computador. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 54, p. 66-126, jan./abr. 2011.

ção, o qual deve receber a tutela do ordenamento jurídico. Tal afirmativa é ratificada na própria Lei dos Direitos Autorais, em seu artigo 7º¹⁸, que já menciona o *software* como criação intelectual protegida pelo direito de autor.

2.2 HISTÓRICO DA PROTEÇÃO JURÍDICA DO *SOFTWARE*

Indubitável, diante desse progresso tecnológico dos últimos anos, dizer que o *software* se tornou um dos bens de maior importância econômica no contexto internacional, e brasileiro, em virtude do desenvolvimento e popularização dos microcomputadores e do aumento vertiginoso de sua aplicação aos mecanismos produtivos da maioria dos escritórios e empresas, cumulado com a evolução dos equipamentos de informática e a disseminação dos computadores domésticos.

No Brasil, a Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973, regulou os direitos autorais e os que lhe são conexos, mas não mencionou o programa de computador. A primeira lei a dispor especificamente sobre a proteção da propriedade intelectual para esses programas e sua comercialização no país foi a Lei do *Software* nº 7.646, de 18 de dezembro de 1987, a qual foi revogada pela Lei do *Software* nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que adotou basicamente a tese autoralista, já presente na lei anterior.

A Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, confirmou que a forma de proteção jurídica conferida aos programas de computador no Brasil é a do direito autoral, ou seja, a mesma que abriga as obras literárias, artísticas e musicais.

Criado e exteriorizado o programa de computador, é iniciada a proteção autoral, independentemente de qualquer registro, de acordo com o que estabelece o artigo 18¹⁹ da Lei Autoral e o § 3º do artigo 2º da Lei do *Software*. O registro, embora seja formalidade dispensável,

¹⁸ **Art. 7º.** São obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: [...] XII – os programas de computador; [...] § 1º Os programas de computador são objeto de legislação específica, observadas as disposições desta Lei que lhes sejam aplicáveis.

¹⁹ **Art. 18.** A proteção aos direitos de que trata esta Lei independe de registro.

pode ser realizado para dar maior garantia ao direito do autor. No entanto, feita a opção pelo registro, o pedido deverá ser encaminhado ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI) e conter os dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas; a identificação e a descrição funcional do programa de computador; os trechos do programa e outros dados que forem considerados suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade²⁰.

2.3 FORMA DE PROTEÇÃO ADOTADA

Como já foi ressaltado em item anterior, a proteção não envolve a exclusividade da ideia em si ou utilidade de um programa, mas apenas a sua forma de expressão. Dessa forma, o que é protegido é apenas a forma escrita, ou seja, o código-fonte.

Vale então dizer que não é porque um programa destina-se a uma função que não tenha como ser expressa de forma diversa que ele pode ser copiado livremente. Podem ser copiados, como quaisquer outros, as telas, os relatórios e as ideias que possa conter, o que vem a ser objeto da engenharia reversa, mas jamais o código fonte.

De acordo com o artigo 6º da Lei 9.609/98, não se considera ofensa ao direito autoral a reprodução, em um só exemplar, de cópia legítima de salvaguarda ou armazenamento; a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificamos o programa e o titular dos direitos; a ocorrência de semelhança de programa a outro, preexistente, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, de preceitos normativos e técnicos ou de limita-

²⁰ **Art. 3º.** Os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia. **§ 1º** O pedido de registro estabelecido neste artigo deverá conter, pelo menos, as seguintes informações: I – os dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas; II – a identificação e descrição funcional do programa de computador; e III – os trechos do programa e outros dados que se considerar suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade, ressaltando-se os direitos de terceiros e a responsabilidade do Governo. **§ 2º** As informações referidas no inciso III do parágrafo anterior são de caráter sigiloso, não podendo ser reveladas, salvo por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.

ção de forma alternativa para a sua expressão; e a integração de um programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, desde que para o uso exclusivo do usuário.

Quanto ao prazo de proteção, este foi duplicado pela nova lei – anteriormente era de 25 anos e passou a ser de 50 anos, contados a partir do dia primeiro de janeiro do ano seguinte ao da publicação ou início da comercialização do produto²¹.

Se este não for comercializado ou divulgado publicamente, como, por exemplo, no caso de programas desenvolvidos como ferramentas de uso interno das empresas, o prazo passa a ser contado da data em que for comprovado o término da criação.

Embora pareça exagerado o prazo de proteção, visto que a rapidez com que novos produtos entram e saem do mercado, não é exatamente o que ocorre. Resta lembrar que muitos programas de equipamentos de grande porte, como servidores das grandes empresas, sofrem, na verdade, atualizações constantes, mas não são totalmente renovados, conservando por muito tempo grandes trechos da programação original que, se não fosse a extensão do prazo, cairiam em domínio público.

3 AS PENALIDADES APLICÁVEIS NA VIOLAÇÃO AO SOFTWARE

Como foi visto, nas práticas sociais contemporâneas, sob a perspectiva da utilização das obras intelectuais, encontram-se inúmeras situações em contraposição ao disposto na atual Lei de Direitos Autorais, ou seja, a sociedade vem usufruindo os bens tutelados pelo direito autoral fora das permissões previstas no artigo 46 da Lei 9.610/98²².

²¹ **Art. 2º.** O regime de proteção à propriedade intelectual de programa de computador é o conferido às obras literárias pela legislação de direitos autorais conexos vigentes no País, observado o disposto nesta lei.

²² **Art. 46.** Não constitui ofensa aos direitos autorais: I – a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob

Nesse sentido, tem-se divulgado que qualquer tipo de cópia de obra intelectual sem expressa autorização do titular é considerada violação penal aos direitos autorais, sendo que, inclusive, muitas vezes a indústria efetua reais ameaças aos supostos “piratas”, fundamentando-se invariavelmente nos artigos 184²³ e seguintes do Código

encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários; II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro; III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra; IV – o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou; V – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização; VI – a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro; VII – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa; VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

²³ **Art. 184.** Violar direitos de autor e os que lhe são conexos:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

§ 1º Se a violação consistir em reprodução total ou parcial, com intuito de lucro direto ou indireto, por qualquer meio ou processo, de obra intelectual, interpretação, execução ou fonograma, sem autorização expressa do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor, conforme o caso, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 2º Na mesma pena do § 1º incorre quem, com o intuito de lucro direto ou indireto, distribui, vende, expõe à venda, aluga, introduz no País, adquire, oculta, tem em depósito, original ou cópia de obra intelectual ou fonograma reproduzido com violação do direito de autor, do direito de artista intérprete ou executante ou do direito do produtor de fonograma, ou, ainda, aluga original ou cópia de obra intelectual ou fonograma, sem a expressa autorização dos titulares dos direitos ou de quem os represente.

§ 3º Se a violação consistir no oferecimento ao público, mediante cabo, fibra ótica, satélite, ondas ou qualquer outro sistema que permita ao usuário realizar a seleção da obra ou produção para recebê-la em um tempo e lugar previamente determinados por

Penal brasileiro, que tratam da violação dos direitos de autor e os que lhe são conexos²⁴.

Trataremos, neste momento, sobre a proteção jurídica ao *software* pelo direito autoral. Será feita uma análise das diversas formas de violação ao mesmo, com as devidas penalidades aplicáveis, no intuito de averiguar a eficácia da proteção autoral frente a tais agressões.

Portanto, é do saber de todos que, ao adquirir um programa de computador, o usuário não se torna proprietário da obra, está apenas recebendo uma Licença de Uso, que é uma permissão para o uso de forma não exclusiva. Mesmo tendo adquirido um exemplar legítimo, o usuário não possui o direito de realizar a exploração econômica do *software*, copiando-o, revendendo-o ou alugando-o, a não ser que tenha autorização expressa do titular da obra.

A pirataria é um dos maiores problemas relacionados ao autor quanto a sua criação, é uma prática ilícita caracterizada pela reprodução sem autorização ou uso indevido de programas de computador legalmente protegidos.

Quando adquirimos um programa, como já visto anteriormente, estamos realmente comprando o direito de uso daquele *software*. Quase todo programa vem acompanhado de um acordo de licenciamento que, ao ser aceito, não lhe dá o direito de revenda ou reprodução, apenas de uso. O custo real e o valor de cada peça de *software* recaem não na caixa, embalagem ou mídia, mas nas linhas de códigos que estão presentes neles, ou seja, nas instruções de utilização do *software*.

Segundo a Associação Brasileira de Empresas de *Software*, o tipo mais comum de pirataria são as cópias feitas pelo Usuário Final,

quem formula a demanda, com intuito de lucro, direto ou indireto, sem autorização expressa, conforme o caso, do autor, do artista intérprete ou executante, do produtor de fonograma, ou de quem os represente:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 4º O disposto nos §§ 1º, 2º e 3º não se aplica quando se tratar de exceção ou limitação ao direito de autor ou os que lhe são conexos, em conformidade com o previsto na Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, nem a cópia de obra intelectual ou fonograma, em um só exemplar, para uso privado do copista, sem intuito de lucro direto ou indireto.

²⁴ REIS, J. R. dos; PIRES, E. *A utilização das obras intelectuais autorais frente às novas tecnologias: função social ou pirataria*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1809/1584>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

as quais são responsáveis por mais da metade das perdas sofridas pela indústria mundial de *software*. Essa pirataria pode ser subdividida em corporativa e individual; naquela, o uso ilegal do *software* em uma empresa pode ser caracterizado por dois incidentes comuns: quando os usuários duplicam os programas para uso no próprio escritório, ou quando fazem cópias adicionais de programas para uso doméstico, casos em que um número maior de computadores passa a executar o mesmo *software* original. Muitos desses programas são comercializados para utilização em redes locais – caso em que a documentação que acompanha o *software* descreve as formas de instalação, de uso e o número de usuários permitidos –, constituindo-se violação a utilização de versões mono-usuários em ambientes de rede ou a permissão de acesso aos terminais em quantidade maior do que a licenciada. O usuário deve obedecer ao regulamento que estipula uma licença para cada microcomputador, seja no escritório ou em casa. Portanto, para cada *hardware* em uso, deve haver um número equivalente de *software* ou de licenças de uso.

A violação individual ocorre quando o usuário, pessoa física, embora tendo o direito de fazer uma cópia de segurança do *software*, no caso desta não ser fornecido pelo fabricante, faz também cópias por qualquer outro motivo, ou de qualquer forma que seja. Tal ato corre o risco de ser considerado pirataria. A lei será aplicada, indiferentemente, para programas sofisticados ou um simples jogo. Compartilhar programas com amigos e colegas de trabalho é um problema significativo. A reprodução de cópias para esse fim é feita, inclusive, por meio de *modem* e *software* de comunicação, capazes de transmitir programas pela linha telefônica de um micro para outro.

As falsificações de *softwares* é outro problema na violação dos direitos de autor. Nessas falsificações, o *software* e suas embalagens são duplicados, geralmente por quadrilhas de crime organizado e, então, são distribuídos como se fossem produtos legítimos.

Também existe a chamada Pirataria de Canal de Distribuidor, que é o tipo que ocorre quando um *software*, distribuído com licenças sob condições de descontos especiais, seja devido à compra em grande quantidade, à venda para produtores de computadores ou instituições acadêmicas, é redistribuído para outros que não fazem parte desses grupos qualificados para esse benefício.

A internet é uma das maiores conquistas da comunicação, porém, quando a rede é utilizada para copiar, promover, adquirir, oferecer ou distribuir *softwares* falsificados ou sem autorização, torna-se um problema sério. A apropriação de *software* por meio da internet cresce rapidamente e grupos bem organizados têm infiltrados para copiar programas e *games* de sucesso, muitas vezes até antes de seu lançamento.

É importante lembrar que a “pirataria” de *software* para uso ou comercialização, guardadas as exceções existentes no texto da lei, não constitui a única “violação de direitos de autor de programa de computador”. Qualquer alteração no programa feita sem o consentimento do autor, seja esta a retirada ou substituição de trechos, telas, ou acréscimos intercalados de rotinas desenvolvidas, pelo próprio infrator ou por qualquer outra pessoa, com o propósito de adulterar, descaracterizar e tornar irreconhecível o programa original também pode ser considerada violação; ou mesmo o uso do programa de forma diversa daquela estipulada em contrato, ou, ainda, inexistindo qualquer contrato, sem autorização expressa e prévia do autor.

Em caso de um usuário ser suspeito de estar fazendo uso irregular de programas, é necessária ao autor destes a interposição de medida cautelar de vistoria, com pedido de liminar “*inaudita altera parte*” cumulada com busca e apreensão contra esse usuário.

Violar direitos de autor de programa de computador tem pena de detenção de seis meses a dois anos e multa²⁵. No caso da violação consistir na reprodução do programa, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor, tem pena de reclusão de um a quatro anos e multa²⁶. E para quem vende, expõe à venda, introduz no país, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido

²⁵ **Art. 12.** Violar direitos de autor de programa de computador:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos ou multa.

²⁶ **Art. 12, § 1º.** Se a violação consistir na reprodução, por qualquer meio, de programa de computador, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente:

Pena – Reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa.

com violação de direito autoral, também tem pena de reclusão de um a quatro anos e multa²⁷.

A lei manteve a disposição básica de pena de detenção de seis meses a dois anos para confratores domésticos, ou seja, aqueles que copiam *software* ilegalmente apenas para o uso próprio, sem finalidade de lucro, para os quais ficou aberta a possibilidade de conversão em multa. Todavia, aos “piratas” profissionais é imposto pena de reclusão de até quatro anos, acrescida de multa.

Não apenas os autores em geral, mas também o Governo, perdem com a pirataria e, por esse motivo, este prevê expressamente que, no caso da contrafação para fins comerciais, está também caracterizado o delito de sonegação fiscal, o que permite ao Ministério Público agir independentemente de representação da empresa interessada.

Importante se faz dizer que, para esses crimes serem investigados, é necessária a queixa do autor, salvo se o crime acarretar prejuízos a entidades ou órgãos públicos²⁸.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O avanço na informática se deu de forma vertiginosa. Em pouco tempo, tivemos uma explosão na forma de como as mídias são disponibilizadas para comercialização. É inegável a relevância econômica e social que orbita em torno da revolução trazida pela informática. As alterações começam em grande velocidade, impulsionadas por novos e poderosos processadores e *softwares*.

Frente à análise realizada no presente trabalho, vimos que o sistema jurídico adotado pelo Brasil, ou seja, a proteção pelo direito de autor, é, de certa forma, o mais indicado para tal tarefa, superando qualquer outro sistema de propriedade intelectual.

²⁷ **Art. 12, § 2º.** Na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no país, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia de programa de computador, produzido com violação de direito autoral.

²⁸ **Art. 12.** Violar direitos de autor de programa de computador: [...] **§ 3º** Nos crimes previstos neste artigo, somente se procede mediante queixa, salvo: I – quando praticados em prejuízo de entidade de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou fundação instituída pelo poder público.

Acontece que em nossa legislação deixa de ser adotada qualquer outra proteção complementar, que tecnicamente, segundo o analisado, seria possível, mas dessa forma não o é por determinação legal.

É importante esclarecer que não se pretende acabar com o direito autoral, ou desproteger o autor, apenas permitir à sociedade que se beneficie dos meios tecnológicos existentes para o acesso à informação, sem com isso deixar de dar a devida proteção ao autor, inclusive como meio de incentivo à contínua criação intelectual.

O Brasil demonstrou consideração ao sistema autoral e ao mesmo tempo angariou respeito internacional por essa proteção em sua legislação específica para o tema.

Conclui-se, depois do exposto, que o regime protetório adotado vem sendo eficiente no combate à contrafação, coibindo as violações, na medida do possível, e equacionando os direitos dos fabricantes com os interesses da nação. É dito, com toda certeza, que o *software* no Brasil apresenta uma legislação eficiente, não sufocante a ponto de trazer empecilhos à sua comercialização, como era na lei revogada, e também nem tão branda que o deixe sem proteção.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas, benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade de informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.

AFONSO, Otávio. (Org.). *Manual de Direito Autoral*. Fundamentos do Direito Autoral. Brasília: Centro Brasileiro de Informações sobre Direitos Autorais, 1989.

BRASIL. *Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Brasília: Congresso Nacional, 1940.

BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1998.

BRASIL. *Lei 9.609, de 19 de fevereiro de 1998*. Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual do programa do computador, sua comercialização no país, e dá outras providências. Brasília: Congresso Nacional, 1998.

CABRAL, Plínio. *A nova lei dos direitos autorais: comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: Da Antigüidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

KINDERMANN, Manfred. O direito do autor internacional e a proteção do programa de computador. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, n. 54, jan./abr. 2011.

NERO, Patrícia Aurélia Del. *Propriedade intelectual*. A tutela jurídica da biotecnologia. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PAESANI, Liliana Minardi. *Direito de Informática: comercialização e desenvolvimento internacional do Software*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

REIS, J. R. dos; PIRES, E. *A utilização das obras intelectuais autorais frente às novas tecnologias: função social ou pirataria*. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/1809/1584>>. Acesso em: 27 nov. 2012.

SHERWOOD, Robert, *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: Edusp, 1992.

WACHOWICZ, Marcos. *Direito fundamental do autor: tensão constitucional entre a propriedade intelectual e o direito à liberdade de informação dos bens informáticos*. *Anais... V SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA*. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2008.

O *CREATIVE COMMONS* COMO FOMENTADOR DO CONHECIMENTO



Augusto Rostirolla

Graduando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Bolsista PUIIC (2010). Participante do grupo de estudos de Direito de Autor, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Integrante e pesquisador do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

Contato: arostirolla@hotmail.com.

Eduarda Simonetti Pase

Graduanda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Bolsista da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS no Grupo de Estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo, coordenado pelo Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis. Integrante e pesquisadora do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

Contato: eduarda.pase@gmail.com.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.
2. O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL: Delineamentos necessários.
3. LICENÇAS PÚBLICAS: O *CREATIVE COMMONS* COMO INSTRUMENTO FOMENTADOR DO CONHECIMENTO.
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
 - REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O sistema jurídico no qual, contemporaneamente, se ampara o direito autoral, não apenas no Brasil, mas em todo o mundo, foi instituído no final do século XIX, tendo-se em foco a proteção de obras escritas, fossem elas literárias, artísticas ou científicas. Contudo, atendendo para o fato de que as principais transformações tecnológicas datam do século XX, constata-se ter sido esse período testemunha desses avanços promovidos pelo ser humano e que, como se sabe, interferiram diretamente nas relações estáticas tidas anteriormente ao “boom” tecnológico.

O presente estudo basear-se-á na análise doutrinária. Num primeiro momento, aborda uma visão ampla do tema mediante o seu estudo histórico para, posteriormente, adentrar no objeto principal da pesquisa. Iniciar-se-á este trabalho com a devida menção aos princípios fundantes da proteção dos direitos de autor. Apenas assim pode-se compreender, de forma geral, a real dificuldade em se harmonizar os direitos fundamentais do autor pelos direitos fundamentais e princípios constitucionais coletivos do acesso à cultura, educação, informação e conhecimento.

O objetivo principal da pesquisa é, pois, expor as incongruências da legislação autoral brasileira frente à nova realidade tecnológica. Dessa forma, procurar-se-á apresentar as chamadas “licenças públicas”, que são mecanismos para fomentar o conhecimento e, dessa forma, atender à função social da propriedade autoral. Criadas em outros países, aos poucos se tenta introduzi-las, de forma não ofensiva, no Direito pátrio. Como principal licença abordada, falar-se-á acerca do *Creative Commons*.

2 O PROCESSO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AUTORAL: DELINEAMENTOS NECESSÁRIOS

Inseridos no contexto social do século XXI e, portanto, na chamada “sociedade da informação”, ao falar acerca de direitos autorais, impossível não ser remetido ao desenvolvimento do tema no passar dos séculos, desde quando se começou a, de forma ainda não muito expressiva, cogitar-se a regulamentação por meio do Direito.

Dessa forma, estando os direitos autorais classificados em patrimoniais e conexos ou industriais¹, mister é que se fale sobre a sua inserção no ordenamento jurídico, bem como da importância comportada pelo assunto que, pelo fenômeno da constitucionalização do direito privado (gênero), tem-se, por óbvio, a inserção dos direitos autorais na Constituição, para, portanto, mencionar-se a constitucionalização do direito autoral (espécie).

A proteção a esse ramo do Direito se deu quando a transmissão do conhecimento passou a ser mais eficaz. Em diversos momentos, a sociedade perpassou por mudanças que fizeram com que seus paradigmas fossem alterados. A escrita, a prensa, o telefone, a televisão e, por fim, a internet, modificaram o contexto social e inquietaram a sociedade. Dessa forma, percebe-se que o marco histórico da necessidade de se proteger os direitos de autor saltou aos olhos com a invenção da prensa de tipos móveis, pelo alemão Johannes Gutenberg, por volta do ano de 1450². E, como bem leciona Branco Júnior,

[...] a invenção da tipografia e da imprensa, no século XV, revolucionou os direitos autorais porque os autores passaram a ter suas obras tornadas disponíveis de maneira muito mais ampla. Nessa época, surgem os privilégios concedidos aos livreiros e editores, verdadeiros monopólios, sem que se visasse, entretanto, a proteger os direitos dos autores.³

Destarte, é possível aqui perceber que não se deve ver com estranheza a ligação entre o desenvolvimento de uma nova tecnolo-

¹ “De acordo com a teoria dualista, em um único bem – a obra intelectual – coexistiram 2 (dois) direitos integrados, o direito patrimonial, transferível onerosa ou gratuitamente, pelo autor ou por seus herdeiros enquanto não cair a obra em domínio público, e o direito moral, que por ser considerado, por muitos autores, uma das emanções dos direitos da personalidade, tem como características gerais, por consequência, ser extrapatrimonial, intransferível, imprescritível, impenhorável, vitalício, necessário, *erga omnes*, entre outras.” (BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 28)

² EPPLE, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller; KNIES, Luís Felipe. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato et al. *Estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

³ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 13.

gia e a elaboração de normas de direito autoral. Tal fato mostra que nem sempre as leis são criadas por vontade do homem, pura e simplesmente. Vê-se, assim, que fatores externos influenciam a criação de normas que regulem a matéria, tendo em vista uma necessidade da circunstância histórica vivida. Ressalta-se também que no início, portanto, do direito autoral, a proteção visada pelas normas criadas não diziam respeito à proteção dos autores, era exatamente o oposto. Isto é, com o sistema de privilégio dos copistas⁴, os favorecidos pelas “leis” que regulavam a matéria eram o poder real (por meio da censura) e os editores (por meio do monopólio)⁵.

Branco Júnior, refere-se também nesse sentido:

Vê-se, com clareza, que o alvorecer do direito autoral nada mais é que a composição de interesses econômicos e políticos. Não se queria, então, proteger prioritariamente a “obra” em si, mas sim os lucros que dela podem advir. É evidente que ao autor interessava também ter a obra protegida em razão da fama e da notoriedade de que poderia vir a desfrutar, mas essa preocupação vinha, sem dúvida, por via transversa.⁶

Com as mudanças ocorrendo, as sociedades da época viram-se obrigadas a regulamentar juridicamente uma forma de proteção aos autores. Nesse contexto é que em 1710 foi publicado o primeiro diploma legal que tratava acerca da matéria, qual seja, o *Statute of Anne* (Estatuto da Rainha Ana), na Inglaterra⁷.

Mesmo assim, eram insuficientes as previsões do referido Estatuto. Foi em 1886 que surgiram as primeiras diretrizes para a regulamentação ampla dos direitos autorais. Nesse mesmo ano, realizou-se a Convenção de Berna, na Suíça, que tinha por objetivo definir

⁴ MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 19.

⁵ *Idem*.

⁶ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 15.

⁷ Assim é que, em 1710, foi publicado o notório *Statute of Anne* (Estatuto da Rainha Ana), que concedia aos editores o direito de cópia de determinada obra pelo período de 21 anos. Ainda que incipiente, trata-se de evidente avanço na regulamentação dos direitos de edição, por consistir em regras de caráter genérico e aplicável a todos, e não mais privilégios específicos garantidos a livreiros individualmente (BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 16).

padrões mínimos de proteção dos direitos a serem concedidos aos autores. Essa Convenção serviu como base para a elaboração das legislações nacionais sobre o tema.⁸

A Convenção foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo de 4 de dezembro de 1974, a qual influenciou a principal lei que versa sobre os direitos autorais no país, a Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998⁹.

Anterior à introdução das normas definidas pela Convenção de Berna, no Brasil já havia diplomas que tentaram regular o tema. Contudo, as previsões eram carentes de atualizações frequentes, as quais necessitavam de um diploma único regulamentando a matéria. Dessa forma, os doutrinadores costumam dividir essa evolução legislativa autoral brasileira em três fases: de 1827 a 1916; de 1916 a 1973 e desse ano aos nossos dias¹⁰. O último diploma que vigorou antes da elaboração da atual lei foi a Lei 5.988/73, que substituiu as previsões do Código Civil de 1916. Portanto, foi em 1998, dez anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, que o Congresso Nacional aprovou a Lei 9.610/98, a qual vigora até hoje¹¹.

É aqui que o objetivo principal do trabalho começa a ser especificadamente desenvolvido. Mesmo que a atual lei autoral do Brasil tenha sido aprovada dez anos posteriores à entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, em suas previsões normativas, ela acaba por contrariar, de certa forma, aquilo que estabelece a Carta Magna. A LDA brasileira é uma das mais restritivas de que se tem conhecimento¹². A Constituição Federal, por sua vez, traz em seu arcabouço normativo o alto teor valorativo e social, bem como as garantias de direitos fundamentais à pessoa humana, dentre as quais estão garantidos fundamentalmente direitos tanto aos autores como

⁸ A Convenção de Berna impõe verdadeiras normas de direito material, além de instituir normas reguladoras de conflitos (BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 18).

⁹ REIS, J. R. dos; BOFF, S. O.; DIAS, F. da V.; PELLEGRINI, G. K. de F.; TOLOTTI, S. M. (Orgs.). *Estudo de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: a evolução histórica do direito de autor*. Curitiba: Multideia, 2011. p. 24.

¹⁰ BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 19.

¹¹ *Idem*.

¹² *Idem*.

à coletividade, como, por exemplo, o acesso à cultura, à educação e ao conhecimento.

Tal ideia é constatada pela leitura conjunta das restrições infraconstitucionais pela própria Constituição Federal, vez que esta é quem dá harmonia a todo o sistema jurídico, por meio de seus princípios constitucionais. Logo, “tem-se, de um lado, uma gama de expectativas sociais e de direitos positivados e, de outro, uma frustração coletiva em relação a não realização dos mesmos”¹³.

Além do mais, a atual lei autoral brasileira, por não garantir os direitos fundamentais de acesso à cultura, à educação e ao conhecimento, não cumpre com o princípio constitucional da função social da propriedade¹⁴, uma vez que os autores dispõem sobre o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução das obras¹⁵, o que, pela doutrina, é definido como equivalente.

Nesse sentido, ainda,

[...] a ideia de funcionalização do direito de autor advém naturalmente do processo de constitucionalização do direito privado que se instalou com a chegada da Constituição de 1988. Nessa senda, necessária a funcionalização do direito de autor por meio de uma interpretação voltada ao entendimento do seu viés social, ou seja, “em harmonia com os direitos fundamentais que tutelam os interesses sociais”.¹⁶

¹³ BITENCOURT, Caroline Müller. *Repensando a teoria da separação de poderes: novas perspectivas com relação ao judiciário em face da necessidade de realização da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito*. 2008. 197 f. (Dissertação)-Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado – da Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Santa Cruz do Sul, 2008.

¹⁴ **Art. 5º.** [...] XXII – é garantido o direito de propriedade; XXIII - a propriedade atenderá a sua função social.

¹⁵ XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar; XXVIII – são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas; b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas.

¹⁶ BOFF, Salete Oro; REIS, Jorge Renato dos; REDIN, Giuliana (Orgs.). *O direito na era digital: as novas tecnologias de informação e de comunicação*. Passo Fundo: IMED, 2011. p. 131.

Postulando tais constatações é que este trabalho procura apresentar uma possível solução para a dicotomia estabelecida entre as garantias constitucionais e a previsão legislativa autoral, a qual é restritiva a ponto de não cumprir com o que a Constituição Federal lhe impõe. A possível saída pode se dar mediante licenças públicas, sobretudo com o *creative commons*, o qual será apresentado a seguir.

3 LICENÇAS PÚBLICAS: *CREATIVE COMMONS* COMO INSTRUMENTO FOMENTADOR DO CONHECIMENTO

O projeto do *creative commons* teve sua origem com a Creative Commons Corporation, uma entidade sem fins lucrativos, que visa a criação de licenças públicas à proteção autoral. Então, o *creative commons*, iniciado em dezembro de 2002, é um projeto de gestão dos direitos autorais a nível mundial, que teve como idealizador o norte-americano Lawrence Lessig, e hoje já está presente em 71¹⁷ países.

O *creative commons* tem como função precípua oferecer um sistema de licenciamento público, por meio do qual o próprio autor da obra abdica de alguns direitos e proteções e mantém outras que são de seu interesse, ou seja, licenças públicas¹⁸. Dessa forma, é possível que, a título de exemplo, um autor permita que sua obra seja livremente copiada, desde que esta não se destine a fins econômicos (ou seja, renunciando à limitação de que apenas pequenos trechos de sua obra sejam copiados, mas mantém o direito a vedação de que essa cópia se destine a lucros de terceiros).

¹⁷ Dos quais são integrantes: Argentina, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Brasil, Bulgária, Canadá, Chile, China Continental, Colômbia, Costa Rica, Croácia, República Checa, Dinamarca, Equador, Egito, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Alemanha, Grécia, Guatemala, Hong Kong, Hungria, Islândia, Indonésia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Líbano, Lituânia, Luxemburgo, Macau, Macedônia, Malásia, México, Holanda, Nova Zelândia, Nigéria, Noruega, Peru, Filipinas, Polônia, Portugal, Porto Rico, Catar, Romênia, Rússia, Ruanda, Sérvia, Cingapura, Eslováquia, Eslovênia, África do Sul, Coreia do Sul, Espanha, Suécia, Suíça, Síria, Taiwan, Tanzânia, Tailândia, Reino Unido: Inglaterra e País de Gales, Reino Unido: Escócia, Uganda, Ucrânia, Portada, Venezuela, Vietnã. Informação disponível em: <http://wiki.creativecommons.org/CC_Affiliate_Network>.

¹⁸ LEMOS, Ronald. *Direito, tecnologia e cultura*. São Paulo: FGV, 2005. p. 82-83.

O projeto das licenças públicas, nas palavras de Tridente¹⁹, “oferece aos autores a possibilidade de renunciarem publicamente a certos direitos que lhe são conferidos pela lei ‘abrindo mão’, de algumas prerrogativas, mantendo outras”, o que, por sua vez, faz efetivar-se o acesso à informação, e, por consequência, uma maior vigência da tão importante função social do direito de autor.

Sendo assim, é possível uma fácil comunicação entre o interesse do autor frente às demandas da sociedade, ficando explícito o que o autor permite ou não que seja feito com sua obra, não necessitando de autorização para as utilizações desta, exceto nos casos em que o autor permaneça omissivo ou, de antemão, proíba.

O *creative commons* passa a ser uma alternativa intermediária à reserva total de direitos; esta, por sua vez, conferida pela legislação vigente, e a sua total ausência, em que não existe nenhum direito protegendo a obra, ou seja, em domínio público²⁰. Logo, quem

¹⁹ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 121.

²⁰ No ordenamento jurídico brasileiro, tem-se como integrantes ao domínio público as obras que expiraram o prazo por proteção ou que, por outro motivo descrito em lei, não mereçam proteção. De acordo com a Lei de Direitos Autorais vigente, nº 9.610/98, elencados nos artigos 41 a 45, identifica-se os casos de domínio público:

Art. 41. Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. **Parágrafo único.** Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo

Transcrevem-se os artigos 42 a 45 da Lei 9.610/98:

Art. 42. Quando a obra literária, artística ou científica realizada em coautoria for indivisível, o prazo previsto no artigo anterior será contado da morte do último dos coautores sobreviventes. **Parágrafo único.** Acrescer-se-ão aos dos sobreviventes os direitos do coautor que falecer sem sucessores.

Art. 43. Será de setenta anos o prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre as obras anônimas ou pseudônimas, contado de 1º de janeiro do ano imediatamente posterior ao da primeira publicação. **Parágrafo único.** Aplicar-se-á o disposto no art. 41 e seu parágrafo único, sempre que o autor se der a conhecer antes do termo do prazo previsto no *caput* deste artigo.

Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

Art. 45. Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I – as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais. **§ 1º** Por morte do autor, transmitem-se a seus

optar por essa alternativa, terá alguns direitos reservados (frise-se, escolhidos pelos próprios autores), que passa a ser representado pelo símbolo²¹ (*creative commons*):



Ainda segundo o idealizador do projeto, Lawrence Lessig, as licenças constituem uma garantia de liberdade a todos que têm acesso a estas, e, mais importante, garantem uma expressão da postura ideológica daqueles que utilizam da licença, pois estes acreditam em algo diferente dos extremos do “tudo ou nada”. Desse modo, o conteúdo marcado com o *creative commons* não está dispensado dos direitos autorais, apenas certas liberdades estão sendo concedidas²².

Já no Brasil, o *creative commons* passou a figurar função relevante no ano de 2004, ocasião em que, durante o Fórum Internacional *Software* Livre de Porto Alegre, com o apoio do governo brasileiro, representado pelo então Ministro da Cultura Gilberto Gil, foi lançado o seu segmento nacional dessas licenças – o Creative Commons Brasil. Saliente-se que, antes do advento do *creative commons*, não havia nenhum mecanismo eficaz em que o autor poderia renunciar a certos direitos autorais a ele atribuídos²³.

No momento em que se originaram essas licenças públicas, visando uma facilitação na comunicação com a sociedade em geral, foram redigidas em formatos distintos: um formato para leigos (pelo

sucessores os direitos a que se referem os incisos I a IV. § 2º Compete ao Estado a defesa da integridade e autoria da obra caída em domínio público. BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998.

²¹ Imagem disponível em: <<http://creativecommons.org>>. Último acesso em: 31 out. 2012.

²² Tradução livre de: *A Creative Commons license constitutes a grant of freedom to anyone who accesses the license, and more important, an expression of the ideal that the person associated with the license believes in something different than the “All” or “No” extremes. Content is marked with the CC mark, which does not mean that copyright is waived, but that certain freedom are given.* (LESSING, Lawrence. *Free Culture: nature and future of creativity*. New York: Penguin Books, 2004. p. 283)

²³ TRIDENTE, Alessandra. *Direito Autoral: Paradoxos e Contribuições para a Revisão da Tecnologia Jurídica no Século XXI*. Elsevier: Rio de Janeiro, 2009. p. 123-124.

uso de imagens); outro para advogados; e um para máquinas (facilitando a identificação da obra por computadores)²⁴.

O formato para leigos utiliza-se de imagens para facilitar a comunicação, fazendo com que a vontade do autor filiado às licenças *creative commons* seja compreendido por todos, tendo ou não conhecimento jurídico. Assim, são os eles:

- **Atribuição (by)**



A atribuição (by) é a atribuição menos restritiva das licenças existentes, uma vez que permite aos usuários que distribuam, remixem, adaptem ou criem obras derivadas, mesmo que para fins comerciais. A única obrigatoriedade imposta ao usuário é que seja necessariamente dado crédito ao autor original da obra, sendo, assim, protegido seu direito moral²⁵.

- **Atribuição – Compartilhamento pela mesma Licença (by-sa)²⁷**



Essa atribuição segue as diretrizes da hipótese anterior, contudo, o autor da obra derivada fica vinculado a essa licença, devendo permitir a utilização de suas obras nesses mesmos termos (inclusive quanto à utilização para fins comerciais). Esta licença é geralmente comparada às licenças de *softwares* livres, de modo que todas as obras derivadas devem ser licenciadas sob os mesmos termos da obra original²⁸.

²⁴ LEMOS, Ronald. *Direito, tecnologia e cultura*. São Paulo: FGV, 2005. p. 83-84.

²⁵ Imagem disponível em: <<http://creativecommons.org.br/as-licencas/attachment/by-large/>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

²⁶ Disponível em: <http://creativecommons.org.br/as-licencas/>. Acesso em: 4 nov. 2012.

²⁷ Imagem disponível em: <<http://creativecommons.org.br/as-licencas/attachment/by-sa/>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

²⁸ *Ibidem*. Acesso em: 4 nov. 2012.

- **Atribuição – Não a Obras Derivadas (by-nd)**²⁹



Neste caso, o autor permite que a obra seja distribuída e usada para fins comerciais e não comerciais, contanto que seja feita com a obra completa e sem modificações, bem como que os créditos sejam dedicados aos devidos autores³⁰.

- **Atribuição – Uso Não Comercial (by-nc)**³¹



Com esta licença, o autor permite que sejam criadas obras derivadas de sua obra original, porém, proíbe que lhe seja dado fins comerciais. Dessa forma, a obra derivada deve fazer menção ao autor da obra original e não pode ser usada com fins comerciais. Ainda, a obra derivada não necessita ser licenciada nesses mesmos termos³².

- **Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma Licença (by-nc-sa)**³³



Utilizando esta licença, o autor permite que sejam elaboradas obras derivadas da sua, contudo, estas não poderão ter fins comerciais e

²⁹ Imagem disponível em: <<http://creativecommons.org.br/as-licencas/attachment/by-nd/>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

³⁰ Disponível em: <<http://creativecommons.org.br/as-licencas/attachment/by-nd/>>. Acesso em: 4 nov. 2012. Acesso em: 4 nov. 2012.

³¹ Imagem disponível em: <<http://creativecommons.org.br/as-licencas/attachment/by-nc/>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

³² Disponível em: <http://creativecommons.org.br/as-licencas/>. Acesso em: 4 nov. 2012.

³³ Imagem disponível em: <<http://creativecommons.org.br/as-licencas/attachment/by-nc-sa/>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

deverão dar o devido crédito ao autor original; ainda, vincula os autores das obras derivadas para que utilizem a mesma licença em suas obras. Logo, os apreciadores da obra original podem utilizar-se dela, traduzindo-a ou remixando-a, por exemplo, desde que licenciem sua obra da mesma forma, fazendo com que a obra derivada, assim como a original, não tenha destino comercial³⁴.

- **Atribuição – Uso Não Comercial – Não a Obras Derivadas (by-nc-nd)**³⁵



A sexta, e última licença, dentre as licenças principais, é, por sua vez, a mais restritiva de todas, permitindo apenas a redistribuição, sendo comumente chamada de “propaganda grátis”, pois permite que outros façam *download* de suas obras e as licenciem. Entretanto, é necessário que se credite o autor e não se modifique a obra original, vetando, também, seu uso comercial³⁶.

Dessa forma, vê-se que a inserção das licenças públicas, em especial o *creative commons*, é uma possível solução para o conflito entre direitos fundamentais do autor pelo direito fundamental de acesso à cultura, à educação, à informação e, pois, ao conhecimento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muito já foi falado sobre o processo da evolução dos direitos autorais, apresentando a problemática atual como o ápice da globalização. Sobre esta, também muito já se sabe, principalmente sobre os seus efeitos negativos e positivos. Inegável reconhecer a contribuição

³⁴ Disponível em: <<http://creativecommons.org.br/as-licencas/attachment/by-nc-sa/>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

³⁵ Imagem disponível em: <<http://creativecommons.org.br/as-licencas/attachment/by-sa/>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

³⁶ Disponível em: <<http://creativecommons.org.br/as-licencas/>>. Acesso em: 4 nov. 2012.

da globalização para o acesso à cultura, contribuição esta nunca vista até então. Com isso, não há o que se discutir acerca do benefício comportado por esse fenômeno ao possibilitar tal acesso. Da literatura chinesa à música de Honduras.

Entretanto, sabe-se que o sistema ao qual está inserido essa realidade globalizada é capitalista, o qual não permite que se acesse a cultura sempre gratuitamente. Tudo parece ter dono e preço. Oscar Wilde, em brilhante pensamento do século XIX, dizia que, já naquele tempo, todos sabiam o preço de tudo, mas ninguém sabia o valor de nada. Como é perceptível, pouco se evoluiu desde então.

Não é diferente com a proteção das leis de direitos autorais. Percebe-se, pois, que estas não visam mais proteger o poeta boêmio, o pintor despido de patrimonialismo (se é que alguma vez essa intenção existiu). Hoje, não se pode permanecer na utopia de que essa proteção é voltada para o autor. Muito pelo contrário. A preocupação que inunda essa esfera legal está cada vez mais preocupada com as grandes editoras e corporações industriais. Assim sendo, o problema principal é que as bases sobre as quais se funda o direito autoral, em especial a propriedade intelectual, na sociedade contemporânea, são as mesmas ou se não parecidas com as de cem anos atrás.

Igualmente, a legislação autoral sempre esteve distante de fazer a ponderação entre as previsões constitucionais que, nesse caso, referem-se objetivamente à matéria autoral, quais sejam: (i) os interesses dos autores, que precisam de uma proteção, a qual busque uma remuneração para que se sintam recompensados e, pois, motivados a produzir mais; e (ii) os interesses da sociedade, que precisa do acesso à cultura.

Com isso, cada vez mais a sociedade foi evoluindo e, ao contrário, a LDA mantendo-se estática às novas objeções sociais, dessa forma, caminhando na contramão dos fatos. Uma indagação cabível ao momento é se caberá à sociedade e, juntamente com ela, todos esses anos de busca por desenvolvimento e aperfeiçoamento à adequação a um instituto legal que desde sua origem já se encontrava ultrapassado.

Além disso, o desenvolvimento social permanece prejudicado, pois o depositário das obras acaba por deixá-las “cercadas”, dessa

forma, desempenhando papel limitador ao invés de facilitador do acesso à cultura e aprimoramento intelectual social.

E é aqui que se encaixam as licenças públicas estilo *creative commons*. Elas são os meios mais eficazes de divulgar obras e contribuir com tudo o que se mencionou supra. Não se quer afirmar que as licenças são a solução para todos os problemas, apenas que por meio delas é possível atingir o objetivo maior que se pretende. Isto é, possibilitar o uso sem que este seja ilícito.

Tudo isso é possível, pois, como visto, o próprio autor manifesta de forma explícita a sua vontade, isto é, como ele quer que sua obra seja usufruída. Sendo assim, facilita-se o acesso à cultura e a liberdade de expressão, ambas garantidas constitucionalmente.

Portanto, faz-se mister observar novamente o dito por Oscar Wilde quando lembra que *“our proverbs want rewriting. They were made in winter and it is summer now”*³⁷. A LDA brasileira precisa ser revista, pois suas previsões legais foram criadas há um tempo, o qual comportava uma realidade que já não é mais compatível com a atual, esta, por sua vez, que protagoniza constantes mudanças. Logo, necessário se faz possibilitar àquele que tem talento para sem Mozart tornar-se Mozart. E para que essa objeção se realize é preciso libertar.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Caroline Müller. *Repensando a teoria da separação dos poderes: novas perspectivas com relação ao judiciário em face da necessidade de realização da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito*. 2008. 197 f. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Santa Cruz do Sul, 2008.

BOFF, S. O. DIAS, F. da V. PELLEGRINI, G. K. de F. TOLOTTI, S. M. (Orgs.). *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo: a evolução histórica do direito de autor*. Curitiba: Multideia, 2011.

BOFF, Salete Oro; REIS, Jorge Renato; REDIN, Giuliana (Orgs.). *O direito da era digital: as novas tecnologias de informação e de comunicação*. Passo Fundo, IMED, 2011.

³⁷ Tradução livre: “Nossos provérbios precisam ser reescritos. Eles foram feitos no inverno e agora é verão.” (WILDE, Oscar. *The Picture of Dorian Gray*)

BRANCO JÚNIOR, Sérgio Vieira. *Direitos autorais na internet e o uso de obras alheias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. *Lei 9.619, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998.

CREATIVE COMMONS BRASIL. Disponível em: <<http://creativecommons.org.br/>>. Acesso em: 05 nov. 2012.


EPPLÉ, Cristiane; CUPPINI, Fernanda Inês Muller. KNIES, Luís Felipe. A evolução histórica do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato et al. *Estudos de direito de autor no constitucionalismo contemporâneo*. Curitiba: Multi-deia, 2011.

LEMOS, Ronald. *Direito, tecnologia e cultura*. São Paulo: FGV, 2005.

LESSING, Lawrence. *Free Culture: nature and future of creativity*. New York: Penguin Books, 2004.

MORAES, Rodrigo. *Os direitos morais do autor*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

TRIDENTE, Alessandra. *Direito autoral: paradoxos e contribuições para a revisão da tecnologia jurídica no século XXI*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.



O DOMÍNIO PÚBLICO: CONSIDERAÇÕES ACERCA DO INSTITUTO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E UM COMPARATIVO COM A LEGISLAÇÃO URUGUAIA

Jorge Renato dos Reis

Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Salerno-Itália. Doutor pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Especialista em Direito Privado pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Graduado em Direito pelas Faculdades Integradas de Santa Cruz do Sul. Pesquisador e Coordenador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito da UNISC. Professor na graduação da UNISC. Coordenador do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq. É advogado atuante.

Contato: jreis@unisc.br.

Grace Kellen de Freitas Pellegrini

Professora Substituta do Instituto Federal Farroupilha, Campus Santo Augusto. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Advogada. Pesquisadora e integrante do Grupo de Estudos de Direito de Autor e do Grupo de Estudos de Intersecções Jurídicas entre o Público e Privado, da UNISC. Pesquisadora e integrante do Grupo de Estudos de Direitos Autorais e Informação, da UFSC. Integrante e pesquisadora do projeto “O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: um estudo comparado Brasil x Uruguai”, com apoio financeiro do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico, CNPq.

Contato: gracekellenp@gmail.com

1. INTRODUÇÃO.
2. CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DOMÍNIO PÚBLICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA.
3. OS PRAZOS DE PROTEÇÃO PREVISTOS NA LEI DE DIREITOS AUTORAIS BRASILEIRA.
4. OS PRAZOS DE PROTEÇÃO PREVISTOS NA LEI DE DIREITOS AUTORAIS URUGUAIA.
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
 - REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Os artigos 46 e 47 da Lei de Direitos Autorais (LDA) expressamente preveem em quais casos a obra pode ser utilizada sem autorização do respectivo autor. A doutrina entende ser esse rol de caráter taxativo, ou seja, a obra poderá ser utilizada somente naqueles casos¹. Contudo, o texto do artigo 41 da LDA também prevê

¹ **Art. 46.** Não constitui ofensa aos direitos autorais:

I – a reprodução: a) na imprensa diária ou periódica, de notícia ou de artigo informativo, publicado em diários ou periódicos, com a menção do nome do autor, se assinados, e da publicação de onde foram transcritos; b) em diários ou periódicos, de discursos pronunciados em reuniões públicas de qualquer natureza; c) de retratos, ou de outra forma de representação da imagem, feitos sob encomenda, quando realizada pelo proprietário do objeto encomendado, não havendo a oposição da pessoa neles representada ou de seus herdeiros; d) de obras literárias, artísticas ou científicas, para uso exclusivo de deficientes visuais, sempre que a reprodução, sem fins comerciais, seja feita mediante o sistema Braille ou outro procedimento em qualquer suporte para esses destinatários;

II – a reprodução, em um só exemplar de pequenos trechos, para uso privado do copista, desde que feita por este, sem intuito de lucro;

III – a citação em livros, jornais, revistas ou qualquer outro meio de comunicação, de passagens de qualquer obra, para fins de estudo, crítica ou polêmica, na medida justificada para o fim a atingir, indicando-se o nome do autor e a origem da obra;

IV – o apanhado de lições em estabelecimentos de ensino por aqueles a quem elas se dirigem, vedada sua publicação, integral ou parcial, sem autorização prévia e expressa de quem as ministrou;

V – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas, fonogramas e transmissão de rádio e televisão em estabelecimentos comerciais, exclusivamente para demonstração à clientela, desde que esses estabelecimentos comercializem os suportes ou equipamentos que permitam a sua utilização;

uma limitação – neste caso, temporal – dos direitos patrimoniais do autor².

Referida restrição tem como objetivo permitir o acesso à obra para uso público. Assim, após determinado prazo, previsto na legislação interna de cada país, mas também em instrumento internacional, qual seja, a Convenção de Berna, o autor perde o direito patrimonial sobre sua criação e esta passa a ser de uso público.

O domínio público será abordado no decorrer do texto. Primeiramente, será objeto de análise a Lei Brasileira acerca do tema e, após, serão tecidas considerações sobre o instituto na legislação uruguaia.

2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DOMÍNIO PÚBLICO NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

No Brasil, os direitos autorais estão regulamentados na Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998. Conseqüentemente, os direitos pa-

VI – a representação teatral e a execução musical, quando realizadas no recesso familiar ou, para fins exclusivamente didáticos, nos estabelecimentos de ensino, não havendo em qualquer caso intuito de lucro;

VII – a utilização de obras literárias, artísticas ou científicas para produzir prova judiciária ou administrativa;

VIII – a reprodução, em quaisquer obras, de pequenos trechos de obras preexistentes, de qualquer natureza, ou de obra integral, quando de artes plásticas, sempre que a reprodução em si não seja o objetivo principal da obra nova e que não prejudique a exploração normal da obra reproduzida nem cause um prejuízo injustificado aos legítimos interesses dos autores.

Art. 47. São livres as paráfrases e paródias que não forem verdadeiras reproduções da obra originária nem lhe implicarem descrédito. (BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 set. 2011)

² **Art. 41.** Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. Parágrafo único. Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo. (BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 set. 2011)

trimoniais e morais do autor estão previstos na LDA³. Ocorre que os direitos patrimoniais são limitados no tempo, ao contrário dos direitos morais do autor, que são perpétuos.

Assim, os direitos patrimoniais em relação às obras possuem um prazo determinado, passando elas, após o decurso do lapso temporal fixado, ao domínio público. Para tanto, a obra deverá ser originária, termo que define toda obra que independe de qualquer outra, ou seja, uma obra absolutamente original. Além destas, a proteção temporal recairá sobre as obras derivadas, desde que estas tragam algo novo, isto é, sejam independentes da primeira obra, já que originalidade é requisito para a tutela legal, inobstante ser a obra derivada ou originária. Por óbvio, a criação de uma obra derivada de outrem necessitará de autorização do criador originário, salvo se a obra original já tiver caído em domínio público⁴.

³ **Art. 24.** São direitos morais do autor:

I – o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;

II – o de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na utilização de sua obra;

III – o de conservar a obra inédita;

IV – o de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra;

V – o de modificar a obra, antes ou depois de utilizada;

VI – o de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem;

VII – o de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado.

[...]

Art. 28. Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica. (BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 set. 2011)

⁴ Costa Neto aduz que “entendido esse fundamento, poderíamos dizer que as obras intelectuais podem ser absoluta ou relativamente originais. No primeiro caso, quando a criação não foi derivada de outra obra intelectual, e, no segundo, quando a derivação

Assim, é certo que se de uma obra que já estiver em domínio público se originar outra nova, esta passará a ser protegida. Desse modo, consoante já mencionado, toda a obra, seja ela originária ou derivada, caberá a proteção legal, para tanto, precisará ser ela obra literária, artística ou científica, exteriorizada e original, requisitos fundamentais para sua proteção⁵.

Proteger o autor e sua obra durante certo prazo temporal sempre esteve dentre as preocupações legislativas. O Estatuto da Rainha Ana já previa prazo de catorze anos, prorrogável por igual período, para a exploração da obra⁶. Também a Convenção de Berna, no artigo 7º, item 1, prevê que “a proteção concedida pela presente convenção se estenderá durante toda vida do autor e cinquenta anos depois de sua morte”, sendo que, conforme o item 6 do mesmo dispositivo, “os países da União têm a faculdade de conceder prazos de proteção maiores do que os previstos nos parágrafos precedentes”.

A LDA aumentou o prazo de proteção para setenta anos, o que representa uma alteração significativa no lapso protetional em relação à Lei anterior, que previa um período de sessenta anos.

Destarte, o que se verifica é que a proteção do direito de autor sempre esteve presente nas legislações que regulam o tema, por se tratar de importante mecanismo de guarda dos direitos patrimoniais do autor. Esse lapso temporal protetivo tem caráter de limitação do direito de autor, pois permite que a sociedade possa usufruir da obra, sem necessidade de contrapartida financeira.

Assim, o fim desse prazo protetivo permite que a obra caia em domínio público, passando a poder ser utilizada sem que seja neces-

efetivamente ocorreu (traduções, adaptações e outras transformações de obra intelectual apresentadas como ‘criação intelectual nova’), quando, então, deverá ser respeitado o direito de autor da obra pré-existente. Cabe reafirmar, aqui, que, a exemplo do autor da obra pré-existente, o autor da obra derivada adquire a titularidade originária dos direitos de autor correspondentes a essa nova obra”. (COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998. p. 57)

⁵ PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. A proteção constitucional e legal do direito de autor. In: BOFF, S. O. et al. *Estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

⁶ CABRAL, Plínio. *A nova lei de Direitos Autorais: comentários*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998. p. 111.

sário pagamento, embora existam, no Direito comparado, países que cobrem por esse uso, conforme se verificará no decorrer do trabalho⁷. Ademais, é importante lembrar que, até 1983, a Lei 5.988/73 também previa a remuneração pela obra caída em domínio público, em seu artigo 93, o que restou revogado⁸.

Em relação aos direitos morais, é sabido que, por constituírem direitos personalíssimos⁹, são eles perpétuos, não existindo razão para se falar em prazo prescricional desses direitos. Por tal razão, afirma-se que somente os direitos patrimoniais sofrem tal restrição. Logo, passa-se a analisar os prazos previstos na LDA e, posteriormente, na legislação uruguaia.

3 OS PRAZOS DE PROTEÇÃO PREVISTOS NA LEI DE DIREITOS AUTORAIS BRASILEIRA

Em relação aos prazos, a regra geral está contida no artigo 41 da LDA. Esse artigo estabelece que o criador terá direitos sobre a sua obra “por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento”.

⁷ Cabral cita como exemplos: Argentina, Bolívia, Hungria, Itália, México e Uruguai. *Idem*. p. 118.

⁸ **Art. 93.** A utilização, por qualquer forma ou processo que não seja livre, das obras intelectuais pertencentes ao domínio público depende de autorização do Conselho Nacional de Direito Autoral. (Revogado pela Lei 7.123, de 1983)

Parágrafo único. Se a utilização visar a lucro, deverá ser recolhida ao Conselho Nacional de Direito Autoral importância correspondente a cinquenta por cento da que caberia ao autor da obra, salvo se se destinar a fins didáticos, caso em que essa percentagem se reduzirá a dez por cento. (BRASIL. *Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973*. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 18 set. 2011).

⁹ Em conformidade com a posição firmada, direitos de personalidade são aqueles que se referem às relações da pessoa consigo mesma, quanto a características extrínsecas do ser e suas qualificações psíquicas e morais. Alcançam, portanto, o homem em si e em suas projeções para o exterior, como, por exemplo, os direitos à vida, à honra, à imagem, à intimidade e outros. (BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 2)

Da leitura do texto legal, constata-se que o legislador se esqueceu de expressar que o autor terá também proteção sobre sua criação durante toda a sua vida. É certo que o entendimento correto deve ser este: o autor terá direito sobre sua obra durante toda a sua vida – mas não é o que a lei garante. Cabral afirma que “a lei, nesse sentido, pede uma emenda urgente, que é simples e composta de poucas palavras”, pois conforme menciona o mesmo autor, “ficaríamos na estranha situação em que o autor só adquire seus direitos patrimoniais depois de morto”¹⁰.

Os sucessores do autor, consoante já referido, terão direitos sobre a obra por 70 (setenta) anos¹¹, contados a partir do primeiro dia do ano subsequente à morte daquele. Portanto, os herdeiros terão a proteção patrimonial durante setenta anos e a defesa dos quatro primeiros direitos morais previstos na LDA¹². A ordem sucessória será a prevista no artigo 1.829 do Código Civil brasileiro¹³, que refere:

Art. 1.829. A sucessão defere-se na ordem seguintes:

- I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;
- III – ao cônjuge sobrevivente;
- IV – aos colaterais.

¹⁰ CABRAL, Plínio. *A nova lei de Direitos Autorais*: comentários. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998, p. 113.

¹¹ BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Artigo 41. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 set. 2011.

¹² *Idem*, Artigo 24, incisos I a IV e § 1º. Acesso em: 18 set. 2011.

¹³ BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 set. 2011.

Quanto às obras psicografadas, o autor (médium) e seus herdeiros terão assegurados os mesmos direitos já mencionados. O mesmo prazo também será dado às obras póstumas¹⁴. Contudo, situações diferentes da regra geral também são reguladas pela LDA, que, porém, previu formas e prazos diferentes, que variam conforme o caso apresentado.

Assim, nos casos de coautoria, o prazo protetivo será contado da morte do último dos coautores¹⁵. Em relação à obra anônima ou pseudônima, isto é, quando não é possível identificar o seu autor¹⁶, o prazo somente poderá ser contado do primeiro dia do ano subsequente à primeira publicação. Entretanto, se o autor vier a se identificar, a contagem passará a se dar a partir da morte daquele¹⁷.

Já as obras audiovisuais e fotográficas terão o lapso temporal protetivo de 70 (setenta) anos a partir de sua divulgação. Na criação ou publicação do tipo *software*, o prazo é de 50 (cinquenta) anos e será contado do primeiro dia do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação, como aduz o artigo 2º, § 2º, da Lei 9.609/98.

¹⁴ BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Artigo 41. Parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 set. 2011.

¹⁵ BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Artigo 41. Parágrafo único. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 set. 2011.

¹⁶ **Art. 5º.** Para os efeitos desta Lei, considera-se:

VIII – obra:

b) anônima – quando não se indica o nome do autor, por sua vontade ou por ser desconhecido;

c) pseudônima – quando o autor se oculta sob nome suposto. (BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 set. 2011)

¹⁷ BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Artigo 43 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 set. 2011)

Quanto às publicações periódicas, estas serão protegidas por 1 (um) ano após a saída do último número. Nos casos de edições anuais, o prazo passará a ser de 2 (dois) anos¹⁸.

A LDA ainda prevê que o prazo de proteção aos direitos conexos será de 70 (setenta) anos, sendo que a contagem será feita a partir do primeiro dia do ano subsequente à fixação, no caso dos fonogramas; da transmissão, para as emissões das empresas de radiodifusão; e da execução e representação pública, para as demais hipóteses.

Esses são os prazos previstos na LDA. Após esse lapso temporal, a obra cairá em domínio público, e a sua utilização e reprodução sem a permissão do autor ou de seus sucessores será permitida. Além disso, as obras de autores falecidos sem herdeiros e as de autores desconhecidos também cairão em domínio público¹⁹.

Bittar aduz que “a idéia de domínio público relaciona-se com a possibilidade de aproveitamento ulterior da obra pela coletividade em uma espécie de compensação, frente ao monopólio exercido pelo autor”²⁰. Dessa maneira, a limitação temporal tem como escopo permitir à sociedade a utilização da obra do autor. Acontece que nem todas as legislações preveem essa disposição gratuita dos direitos de autor à coletividade, conforme se verificará na sequência.

¹⁸ **Art. 10.** A proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor. Parágrafo único. O título de publicações periódicas, inclusive jornais, é protegido até um ano após a saída do seu último número, salvo se forem anuais, caso em que esse prazo se elevará a dois anos. (BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 set. 2011)

¹⁹ **Art. 45.** Além das obras em relação às quais decorreu o prazo de proteção aos direitos patrimoniais, pertencem ao domínio público: I – as de autores falecidos que não tenham deixado sucessores; II – as de autor desconhecido, ressalvada a proteção legal aos conhecimentos étnicos e tradicionais. (BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 set. 2011)

²⁰ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 112.

4 OS PRAZOS DE PROTEÇÃO PREVISTOS NA LEI DE DIREITOS AUTORAIS URUGUAIA

A Lei 9.739, de 17 de dezembro de 1937, atualizada pela Lei 17.616, de 10 de janeiro de 2003, regulamenta os direitos de autor no Uruguai. A legislação uruguaia acerca da matéria contém uma significativa diferença em relação à de nosso país, ao determinar que, decorrido o prazo protetivo, estando a obra em domínio público, deverá haver o pagamento de uma tarifa.

Por primeiro, a legislação uruguaia previa uma proteção de quarenta anos²¹. Ocorre que tal dispositivo acaba por perder sua eficácia, já que o prazo mínimo de proteção, conforme a Convenção de Berna, é de cinquenta anos. Em 2003, com a atualização efetuada pela Lei 17.616²², este impasse foi sanado e o Uruguai se adequou ao disposto no documento internacional.

A Lei 17.616/03 prevê uma regra de transição para as obras que caíram em domínio público em decorrência do prazo menor previsto na Lei de Direitos de Autor. Assim, dispõe que as obras e direitos conexos que já estavam em domínio público sem que tivesse transcorrido o prazo previsto na referida Lei, qual seja, cinquenta anos, volta ao domínio privado, o que não acarretará prejuízo para terceiros²³.

²¹ **Art. 14.** *El autor conserva su derecho de propiedad durante toda su vida, y sus herederos o legatarios por el término de cuarenta años a partir del deceso de causante (Artículo 40).* (URUGUAY. Lei 9.739, de 17 de dezembro de 1937. *Propiedad literaria e artística*. Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=09739&Anchor=>>>. Acesso em: 18 set. 2011)

²² **Art. 7º.** *Elevase el plazo de protección de cuarenta años establecido en los artículos 14, 15 y 40 de la Ley Nº 9.739, de 17 de diciembre de 1937, a cincuenta años.* (URUGUAY. Lei 17.616, de 10 de janeiro de 2003. *Se modifican normas relacionadas a la protección de los derechos*. Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=>>>. Acesso em: 18 set. 2011.

²³ *Las obras y los derechos conexos protegidos por esta ley que se encontraran bajo el dominio público sin que hubiesen transcurrido los términos de protección previstos en la presente ley, volverán automáticamente al dominio privado, sin perjuicio de los derechos que hubieran adquirido terceros sobre las reproducciones de esas obras y derechos conexos durante el lapso en que las mismas estuvieron bajo el dominio público. El lapso durante el cual las obras a que se refiere el párrafo anterior hubieran*

Ao contrário da legislação brasileira, a legislação uruguaia prevê a proteção patrimonial ao longo da vida do autor, bem como prazo protetivo de cinquenta anos para seus herdeiros ou legatários, após a morte do criador. Em relação às obras póstumas, o direito de herdeiros ou legatários perdurará durante 50 anos a partir da data do falecimento do autor²⁴⁻²⁵.

Caso o trabalho não tenha sido publicado, realizado ou exibido durante os dez anos subsequentes, contados da data da morte do autor, a obra também cairá em domínio público. Frise-se, porém, que, em relação aos herdeiros menores, a prescrição só começa a fluir a partir do momento que estejam representados²⁶⁻²⁷.

estado en el dominio público, no será descontado de los cincuenta años. (URUGUAY. *Lei 17.616, de 10 de janeiro de 2003. Se modifican normas relacionadas a la protección de los derechos.* Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <[http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=>](http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=). Acesso em: 18 set. 2011)

²⁴ **Art. 14.** *El autor conserva su derecho de propiedad durante toda su vida, y sus herederos o legatarios por el término de cuarenta años a partir del deceso de causante (Artículo 40). Cuando se trate de obras póstumas, el derecho de los herederos o legatarios durará cuarenta años a partir del momento del fallecimiento del autor.* (URUGUAY. *Lei 9.739, de 17 de dezembro de 1937. Propiedad literaria e artística.* Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <[http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=09739&Anchor=>](http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=09739&Anchor=). Acesso em: 18 set. 2011)

²⁵ **Art. 7º.** *Elevase el plazo de protección de cuarenta años establecido en los artículos 14, 15 y 40 de la Ley Nº 9.739, de 17 de diciembre de 1937, a cincuenta años.* (URUGUAY. *Lei 17.616, de 10 de janeiro de 2003. Se modifican normas relacionadas a la protección de los derechos.* Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <[http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=>](http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=). Acesso em: 18 set. 2011)

²⁶ **Art. 14.** *Si la obra no fuere publicada, representada, ejecutada o exhibida dentro de los diez años a contar de la fecha de fallecimiento de autor caerá en el dominio público. Si los herederos son menores el plazo se contará desde que tengan representación local a ese efecto.* (URUGUAY. *Lei 9.739, de 17 de dezembro de 1937. Propiedad literaria e artística.* Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <[http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=09739&Anchor=>](http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=09739&Anchor=). Acesso em: 18 set. 2011)

²⁷ **Art. 7º.** *Elevase el plazo de protección de cuarenta años establecido en los artículos 14, 15 y 40 de la Ley Nº 9.739, de 17 de diciembre de 1937, a cincuenta años.* (URUGUAY. *Lei 17.616, de 10 de janeiro de 2003. Se modifican normas relacionadas a la protección de los derechos.* Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <[http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=>](http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=). Acesso em: 18 set. 2011)

Quando se tratar de coautoria, a contagem inicia da morte do último coautor. No caso do coautor não deixar herdeiros ou não tiver sucessão, os valores que perceberia durante o prazo protetivo passarão para o Estado²⁸⁻²⁹.

Já nas obras anônimas ou pseudônimas o prazo de proteção será contado do momento em que as referidas tenham sido colocadas licitamente ao acesso público, salvo se o autor se identificar – neste caso, o prazo será o previsto no artigo 14 da Lei 9.739/37³⁰.

Quanto aos produtores de fonogramas e aos organismos de radiodifusão, o prazo será de cinquenta anos, contados de 1º de janeiro do ano seguinte da publicação, quando se tratar de gravações de som

²⁸ **Art. 15.** *En las obras producidas en colocación, el término de propiedad de los herederos o legatarios se contará a partir del fallecimiento del último coautor. En caso de fallecimiento de un coautor que no deje sucesión o herederos forzosos, el producido de la obra que le hubiere correspondido durante cuarenta años a partir de la fecha de su deceso pasará a Rentas Generales.* (URUGUAY. Lei 9.739, de 17 de dezembro de 1937. *Propiedad literaria e artística*. Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=09739&Anchor=>>>. Acesso em: 18 set. 2011)

²⁹ **Art. 7º.** *Elevase el plazo de protección de cuarenta años establecido en los artículos 14, 15 y 40 de la Ley Nº 9.739, de 17 de diciembre de 1937, a cincuenta años.* (URUGUAY. Lei 17.616, de 10 de janeiro de 2003. *Se modifican normas relacionadas a la protección de los derechos*. Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=>>>. Acesso em: 18 set. 2011)

³⁰ **Art. 8º.** *Sustitúyese el artículo 17 de la Ley Nº 9.739, de 17 diciembre de 1937, por el siguiente:*

“Art. 17. En las obras anónimas y seudónimas, el plazo de duración será de cincuenta años a partir de que la obra haya sido lícitamente hecha accesible al público, salvo que antes de cumplido dicho lapso el autor revele su identidad, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 14 de la presente ley.

En las obras colectivas el derecho patrimonial se extingue a los cincuenta años de su primera publicación o, en su defecto, a partir de su realización o divulgación debidamente autorizada.

Los plazos establecidos en los artículos 14 y siguientes, se calcularán desde el día 1º de enero del año siguiente al de la muerte del autor o, en su caso, al de la realización, divulgación o publicación debidamente autorizada”. (URUGUAY. Lei 17.616, de 10 de janeiro de 2003. *Se modifican normas relacionadas a la protección de los derechos*. Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=>>>. Acesso em: 18 set. 2011)

e performances gravadas; da atuação, no caso de interpretação não gravada; e da realização da emissão, no caso das emissões de radiodifusão³¹.

O artigo 41 da Lei 9.739/1937, por sua vez, prevê que o Estado, o Município ou outras pessoas de direito público poderão ser detentoras de direitos autorais pela aquisição da propriedade através dos meios previstos na referida Lei. Além disso, o mesmo artigo aduz que, após o prazo de proteção previsto na Lei, a obra cairá em domínio público³²⁻³³.

A exploração da obra que está em domínio público somente poderá ser feita caso o indivíduo pague as tarifas fixadas pelo Conse-

³¹ **Art. 9º.** *Sustitúyese el artículo 18 de la Ley Nº 9.739, de 17 de diciembre de 1937, por el siguiente:*

“Art. 18. Los derechos patrimoniales reconocidos a favor de productores de fonogramas y organismos de radiodifusión serán de cincuenta años a partir:

A) Del 1º de enero del año siguiente al de la publicación, en lo que refiere a los fonogramas y a las interpretaciones o ejecuciones grabadas.

B) Del 1º de enero del año siguiente en que se haya realizado la actuación, en lo que se refiere a las interpretaciones que no estén grabadas.

C) Del 1º de enero del año siguiente en que se haya realizado la emisión, en lo que se refiere a las emisiones de radiodifusión”. (URUGUAY. Lei 17.616, de 10 de janeiro de 2003. *Se modifican normas relacionadas a la protección de los derechos.* Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=>>>. Acesso em: 18 set. 2011)

³² **Art. 40.** *El Estado, el Municipio y las personas de derecho público son también titulares del derecho de autor cuando por cualquier modo admitido por las leyes, adquieren la propiedad de una de las obras que protege esta ley.*

No habiendo sucesión de las categorías establecidas en el artículo 14, o terminado el referido plazo de cuarenta años, la obra entra en el dominio público.

El derecho de autor cuando el titular es una de las personas morales a que se refiere este artículo, es perpetuo, y no estará sometido a formalidad alguna. (URUGUAY. Lei 9.739, de 17 de dezembro de 1937. *Propiedad literaria e artística.* Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=09739&Anchor=>>>. Acesso em: 18 set. 2011)

³³ **Art. 7º.** *Elevase el plazo de protección de cuarenta años establecido en los artículos 14, 15 y 40 de la Ley Nº 9.739, de 17 de diciembre de 1937, a cincuenta años.* (URUGUAY. Lei 17.616, de 10 de janeiro de 2003. *Se modifican normas relacionadas a la protección de los derechos.* Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=>>>. Acesso em: 18 set. 2011)

lho dos Direitos de Autor e desde que a publicação, difusão, execução ou reprodução seja feita com total fidelidade³⁴⁻³⁵.

Verifica-se, dessa maneira, que, dentre as grandes diferenças existentes entre a legislação uruguaia e brasileira acerca dos direitos de autor, uma das principais reside no domínio público pagante, ou seja, após o prazo protetivo previsto na Lei, a obra somente poderá ser utilizada novamente caso haja o pagamento para o Conselho dos Direitos de Autor, como já referido, diferentemente do Brasil, que permite a utilização da obra em domínio público independentemente de pagamento.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho procurou estabelecer um paralelo entre um instituto presente na lei brasileira que versa sobre direitos autorais e na lei uruguaia sobre o mesmo tema. O domínio público foi escolhido como temática justamente porque apresenta significativas diferenças entre os dois países, pois no Brasil não é pago e no Uruguai é remunerado.

Este artigo não tem como objetivo traçar juízo de valor sobre qual das opções é a mais correta. Contudo, entendido o domínio público como sendo uma limitação ao direito de autor, e que sua utilização pela coletividade seria uma forma de cumprir sua função social, resta certo que não poderia ser pago.

³⁴ **Art. 42.** *Cuando una obra caiga en el dominio público cualquier persona podrá explotarla con sujeción a las siguientes limitaciones:*

A) Deberá sujetarse a las tarifas que fije el Consejo de los Derechos del Autor. El Poder Ejecutivo, en la reglamentación de la ley, velará para que las tarifas que se adopten sean moderadas y generales para cada categoría de obras;

*B) La publicación, ejecución, difusión, reproducción, etc., deberá ser hecha con toda fidelidad. El Consejo de los Derechos de Autor velará por la observancia de esta disposición sin perjuicio de lo establecido en el artículo siguiente. (URUGUAY. **Lei 9.739, de 17 de dezembro de 1937. Propiedad literaria e artística.** Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=09739&Anchor=>>. Acesso em: 18 set. 2011)*

³⁵ **Art. 7º.** *Elevase el plazo de protección de cuarenta años establecido en los artículos 14, 15 y 40 de la Ley Nº 9.739, de 17 de diciembre de 1937, a cincuenta años. (URUGUAY. Lei 17.616, de 10 de janeiro de 2003. Se modifican normas relacionadas a la protección de los derechos. Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/ AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=>>. Acesso em: 18 set. 2011)*

Entretanto, os sistemas entre os dois países são diferentes, eis que no Uruguai a obra é registrada, sendo até mesmo mais fácil implantar referida fiscalização estatal. O que resta claro é que, embora derivem ambas as legislações de um mesmo documento internacional, já que ambos os países são signatários da Convenção de Berna, ainda existem diferenças quanto a institutos legais.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

BRASIL. *Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973*. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5988.htm>. Acesso em: 18 set. 2011.

BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1998. Artigo 43 Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9610.htm>. Acesso em: 18 set. 2011.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 18 set. 2011.


CABRAL, Plínio. *A nova lei de Direitos Autorais: comentários*. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.

PELLEGRINI, Grace Kellen de Freitas. A proteção constitucional e legal do direito de autor. In: BOFF, S. O. et al. *Estudos de Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo*. Curitiba: Multideia, 2011.

URUGUAY. *Lei 9.739, de 17 de dezembro de 1937*. *Propiedad literaria e artística*. Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=09739&Anchor=>>. Acesso em: 18 set. 2011.

URUGUAY. *Lei 17.616, de 10 de janeiro de 2003*. *Se modifican normas relacionadas a la protección de los derechos*. Montevideo: Poder Legislativo, 1937. Disponível em: <<http://www0.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=17616&Anchor=>>. Acesso em: 18 set. 2011.



O SANCIONAMENTO DO DIREITO DE AUTOR NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO E O QUESTIONAMENTO ACERCA DA REAL (DES)NECESSIDADE PUNITIVA

Felipe da Veiga Dias

Doutorando e Mestre em Direitos pela UNISC. Professor da Faculdade Metodista de Santa Maria. Integrante dos Grupos de Estudos em Direitos Humanos de Crianças, Adolescentes e Jovens do Núcleo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social (GRUPECA/UNISC). Participante do projeto de pesquisa “A violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes e as políticas públicas: a imperiosa análise do problema para o estabelecimento de parâmetros de reestruturação do combate às violações aos direitos infanto-juvenis” (CNPq).

Contato: felipevdias@gmail.com.

Merycler Marquette Capalonga

Graduanda em Direito na UNISC. Integrante do grupo de pesquisa Direito de Autor.

Contato: merycler_capalonga@hotmail.com.

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.
2. O PROCESSO CONSTITUCIONALIZADOR DO DIREITO AUTORAL.
3. SANÇÕES CIVIS E CRIMINAIS ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS AUTORAIS.
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
 - REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O marco constitucional de 1988 inaugurou uma nova fase para o Direito brasileiro, sendo capaz de produzir uma infinidade de alterações nas suas mais diversas ramificações, tendo em vista a carga valorativa trazida e que resultou no abalo de diversos dogmas do ordenamento jurídico pátrio. O fenômeno recém-descrito foi costumeiramente denominado de irradiação constitucional, ocasionando uma reestruturação nos parâmetros jurídicos nacionais, e, dentre essas modificações, encontra-se o direito privado.

A alteração no perfil do direito privado deixou para trás a perspectiva individualista de cunho liberal, focada no direito de propriedade, ofertando novo ensejo a essa vertente, de maneira a melhor adequar-se com os novos mandamentos constitucionais, o qual trouxe consigo uma índole democrática, sustentada no pluralismo de ideias e detentora de maior empatia com o ser humano, sempre buscando uma sociedade justa e igualitária. Nesse sentido, tem-se o direito de autor, o qual compõe, juntamente a outras subdivisões, o direito privado, e, portanto, assimila a mesma carga axiológica, produzindo assim uma série de consequências, impondo-se a releitura com base nos novos fundamentos constitucionais para sua manutenção, dentro do ordenamento jurídico nacional.

Diante disso, há o reconhecimento constitucional da proteção ao direito autoral, e com base nisso sustentam-se a necessidade de aspectos protetivos desse direito, ou seja, existe a possibilidade de imporem-se sanções para vedar a sua violação. De acordo com o pensamento supramencionado, estão as previsões infraconstitucionais de sanções, civis e criminais, pretendendo o resguardo desse direito fundamental. Entretanto, pela ótica constitucional podem ser questionadas algumas vedações, bem como outras devem ser corroboradas; todavia, as considerações acerca disto deverão ser realizadas ao final do artigo.

2 O PROCESSO CONSTITUCIONALIZADOR DO DIREITO AUTRAL

A visão pautada pelo direito civil determinada em bases dicotômicas, de cunho liberal, separando as órbitas do direito público

(constitucional) e Privado (autonomia do sistema), teve sua superação em recente momento histórico, de maneira que a argumentação de independência do sistema privado não perdurou contemporaneamente contra os defensores de um processo de constitucionalização do direito privado¹. O fenômeno constitucionalizador do direito privado remodelou a visão de cunho liberal-individualista para um enfoque humano-social. Aponta-se como consequência desse processo constitucionalizador a relativização (ou o fim) da dicotomia do público-privado².

Partindo desse novo panorama, sustentado por uma ordem de valores constitucionais, o direito autoral, igualmente a outras facetas jurídicas, sofre modificações em sua concepção. As costumeiras definições do direito autoral trazem a associação entre o direito de propriedade do autor intelectual da obra (paternidade), possibilitando auferir importância econômica nos limites legais³. Juntamente ao plano patrimonial, associa-se o aspecto moral deste, denotando sua natureza complexa dentro da esfera privada⁴.

No entanto, o conceito de direito de autor recebeu uma adição, fruto de sua conexão com a Constituição, mais precisamente com a função social. Esse atributo tem como resultante principal a face do direito de propriedade, de forma que além de proteger os interesses do autor, este deve cumprir uma função social para adimplir com sua validade constitucional, demonstrando com isso uma preocupação individual e coletiva.

Com fulcro nessa renovada noção do direito autoral, percebe-se a influência dos fundamentos constitucionais, já que, por esse

¹ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 76.

² MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 115. Em sentido semelhante: STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *Estudos Jurídicos*, São Leopoldo, Unisinos, v. 38, n. 1, jan./abr. 2005, p. 33.

³ BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 8.

⁴ ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 103.

prisma, a concepção da ponderação de interesses para solucionar os conflitos entre os direitos autorais e outros direitos fundamentais (informação, cultura, etc.)⁵ é algo forçoso. Afirma-se isso tendo em vista que a harmonização dos interesses constitucionais é inerente ao direito autoral constitucionalizado e, conseqüentemente, ao cumprimento de sua função social, oportunizando um caminho de desenvolvimento e maior flexibilidade no acesso a obras⁶.

Embora pareça lógica essa assimilação constitucional-autoral, fato é que os interesses econômicos do mercado por diversas vezes impedem algumas interpretações ou ponderações visando ao benefício coletivo. Assim, seja por estender o rol de direitos autorais abrangidos, com objetivos que se perdem diante do prejuízo dos entraves econômicos, impedindo por vezes progressos de cunho educacional⁷, ou pelo alargamento dos prazos de utilização da obra antes que caia em domínio público, quaisquer dessas opções denotam um caminho contrário aos ensinamentos constitucionais (na direção de uma evolução coletiva).

Esse posicionamento não pleiteia a desproteção do autor, tão somente anseia pela ponderação dos direitos fundamentais envolvidos, a fim de garantir uma efetividade maior a toda sociedade. Igualmente, quando se pensa o direito de autor e seu caráter fundamental⁸, conclui-se que ele não pode restar fragilizado, ou seja, ele carece de sanções contra atos invasivos aos produtos intelectivos.

Dito isso, independente das discordâncias quanto à efetivação proeminente do direito autoral, em detrimento de outros direitos fundamentais, fato é que a defesa do direito de autor é obrigação do ente público, para, com isso, fomentar as criações intelectuais em um

⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 117-118.

⁶ REIS, Jorge Renato dos. O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. (Orgs.). *Propriedade Intelectual em Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 159.

⁷ EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (Orgs.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010. p. 127.

⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Liberdade e exclusivo na constituição*. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 233.

ambiente seguro. Significando que, para tal tarefa, o Estado utilizará dos meios necessários, civis e penais, a fim de obstar as usurpações e demais formas de lesões aos direitos autorais.

3 SANÇÕES CIVIS E CRIMINAIS ÀS VIOLAÇÕES DOS DIREITOS AUTORAIS

Nesta etapa, tentar-se-á oportunizar um enfoque mais empírico (prático), com atenção especial à legislação nacional, a fim de dispor acerca da formatação de protetiva infraconstitucional desse direito fundamental. Desse modo, passa-se a observar do capítulo VII da Lei de Direitos Autorais, nº 9.610/98, no qual se encontram as sanções civis aplicadas sem prejuízo das penas cabíveis⁹, a exemplo do artigo 101 da mesma Lei.

De acordo com José Carlos Costa Netto¹⁰, as medidas civis disponíveis ao titular da obra se dividem em três: preventivas, preparatórias e reparatórias. A principal sanção prevista é a de reparar com indenização cabível o titular por parte daquele que reproduzir, divulgar ou de qualquer forma utilizar obras sem permissão do seu autor (ressarcimento patrimonial).

Como demonstrado a seguir, o texto da lei sugere a aplicação das sanções que remetem à fraude, porém, este ilícito não mostra ensejo suficiente no texto legal. A ideia de fraude como estampada na legislação é imprópria; de fato, bastaria a mera utilização ilícita para a caracterização de um delito autoral, com a aplicação das sanções civis e penais estabelecidas, aplicadas aos casos concretos. Para caracterizar o dolo na ação ilícita, a fraude exige a presença do elemento subjetivo, o que não ajuda para interpretação do dispositivo¹¹.

Se configurada a fraude, cabe sanção penal, mas se está tratando de normas cíveis, sendo assim, o ato ilícito se configura, com ou sem dolo, pois traz um prejuízo para o autor da obra, gerando

⁹ CABRAL, Plínio. *A Nova Lei de Direitos Autorais: Comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003. p. 132.

¹⁰ COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998. p. 195.

¹¹ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 339.

sempre o direito à indenização. Ademais, outra questão, que é levantada por Fragoso¹² é a do plágio, a qual não está descrita entre os artigos da Lei 9.610/98:

[...] como a nossa lei autoral não faz referência ao plágio, é de se presumir que este estaria incluído no conceito de “reprodução fraudulenta”, embora impropriamente, pois o plágio não está no âmbito de cópia ou da reprodução; antes, trata o plágio de uma apropriação dos elementos substanciais de obras alheias.

[...] não haveria dificuldade na apreciação do plágio quando diante da chamada cópia servil, ou seja, a reprodução *ad verbum* da obra, ou de partes dela, utilizada sob o nome do plagiário. A questão é se alcançar o plágio naquelas hipóteses de sofisticadas fraudes, onde, segundo os pré-citados autores, ainda referindo-se a QUINTANO, se busca na obra plagiada aquela “...*identidad substancial que, aun sin llegar a la copia literal, demuestre en el agente um aprovechamiento abusivo dei ajeno ingenio...*”.

Após análise da lei, podem-se abordar algumas de suas sanções na esfera cível, como no artigo 102, em que é dado ao autor o direito à ação de busca e apreensão dos exemplares produzidos sem autorização do mesmo, com direito à indenização mesmo que nenhum exemplar seja encontrado.

Abstrai-se do artigo subsequente, 103, e seu parágrafo único, que a sanção pode consistir na perda, em benefício do titular, dos exemplares da reprodução fraudulenta que se apreenderem e no pagamento ao titular do valor correspondente aos exemplares que tiverem sido vendidos. Agora, não se conhecendo a quantidade de exemplares que compõem a edição, conforme o parágrafo único, o transgressor pagará o valor de 3.000 (três mil) exemplares.

Outrossim, pelo disposto no artigo 104, quem participar da distribuição da obra fraudulenta, adquirindo, guardando, expondo ou de qualquer outra forma, responde solidariamente com aquele que fraudá-la. Além disso, caso a reprodução tiver sido feita no estrangeiro, classificam-se como contrafatores o importador e o distribuidor.

¹² FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 440.

Para não haver maiores prejuízos para o autor da obra, toda a exposição que viole os direitos dos titulares deverá ser suspensa imediatamente por ordem judicial. Na sua segunda parte, o artigo 105 determina: “caso se comprove que o infrator é reincidente na violação aos direitos dos titulares de direitos de autor e conexos, o valor da multa poderá ser aumentado até o dobro”, ou seja, para aqueles que voltarem a violar os direitos de autor, as sanções cíveis serão mais severas.

Em um sentido generalizante, de acordo com o artigo 106, tudo que estiver envolvido com o ilícito será apreendido e poderá ser destruído. No caso de equipamentos e insumos utilizados de forma secundária cabe a apreensão, todavia, se são utilizados apenas para o fim ilícito também será decretada a destruição destes.

Responde por perdas e danos, além de perder os equipamentos utilizados, quem alterar a proteção contra cópias existentes em mídias de áudio ou audiovisuais, inutilizar dispositivos que impedem a cópia, apagar informações que tratem sobre os direitos autorais, ou quem, sabendo que esses itens de segurança foram adulterados, ou as informações sobre a gestão de direitos foram suprimidas, mesmo assim distribuir, importar para distribuição, emitir, comunicar ou por à disposição do público essas obras. De acordo com Fragoso, esses dispositivos técnicos servem exatamente para impedir o ilícito e para controlar número de exemplares ou execuções públicas e outras formas de utilização da obra.

Temos, aqui, uma sanção extraordinária, que incide, não sobre as utilizações ilícitas das obras e produções, mas sobre os elementos desenvolvidos para sua proteção, elementos estes de natureza técnica, destinados ao controle de direitos autorais (reprodução e comunicação pública) e à coibição da pirataria etc. Dirige-se às já referidas medidas de proteção tecnológicas (MTPs). A proteção de tais medidas foi introduzida pelos Tratados da OMPI Sobre Direitos de Autor e Sobre Direitos Conexos [...] (e) objetivam a garantia para a proteção das tecnologias de acesso às obras, tanto quanto das tecnologias de controle de suas utilizações, incluindo as informações sobre a gestão de direitos que, em síntese, identificam o conteúdo protegido pelos direitos de autor e seus conexos, bem como os autores e outros titulares das obras.¹³

¹³ FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 344.

Pela leitura do artigo 108, entende-se que, além de responder por danos morais, a sanção aplicada àquele que utilizar de qualquer modo uma obra intelectual e não der o crédito ao autor dessa obra é a de divulgar a identidade do verdadeiro autor por meio de erratas (quando não for o caso de radiodifusão) nos exemplares ainda não distribuídos e de divulgação da errata em jornal ou revista impressa de grande circulação. Quando se tratar de radiodifusão, deve ser divulgada a identidade do autor no mesmo horário em que foi veiculado o programa que gerou o ilícito, por três vezes consecutivas.

Ao se realizar um evento que envolva execução de obras ao público, o organizador tem que atender aos requisitos postos na Lei em vigor, como autorização do autor e o pagamento de taxas, por exemplo, ao ECAD. O que ocorre comumente é o usuário assinar um termo de responsabilidade e o ECAD emitir um boleto bancário que pode ser pago antes ou depois do evento. Muitas vezes paga-se um valor mensal por critérios que podem ser o tamanho do local, a receita obtida e, no caso das rádios, pelos *kilowatts* de transmissão. Se essas taxas não forem pagas ou o autor da obra não autorizar a sua execução pública, deverá ser paga uma multa de 20 vezes o valor da taxa que seria cobrada inicialmente.

A rigidez da legislação justifica-se na tentativa de evitar a fraude e proteger o autor trazendo formas de ele se recuperar financeiramente de algum prejuízo que possa causar o uso indevido de sua obra. Porém, a ineficácia coercitiva de algumas normas traz questionamentos sobre questões de adequação social ou da real existência de um dano considerável ao autor, fato esse necessário a uma intervenção criminal¹⁴ (não obstante uma sanção civil).

O questionamento acima aludido nutre-se de outras normas penais, como a do artigo 184 do Código Penal Brasileiro, o qual também visa punir violações ao direito de autor, porém, na formatação atual, a norma encontra-se desconectada da realidade, enquadrando, por exemplo, uma variedade de condutas distintas como sendo “pira-

¹⁴ D'AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para legitimação do direito penal secundário. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder (Coords.). *Direito Penal Secundário*. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 91.

taria”¹⁵, quando, na realidade, algumas delas são configurações claras da efetivação mínima da função social de uma obra. Essa crítica tem como parâmetro a noção de função social (juntamente às novas tecnologias) e ao mesmo tempo compactua-se com entendimentos criminalistas que requisitam um grau de ofensa e adequação social para uma incriminação, e, por ora, tal fato não se comprova nas sanções criminais ao direito de autor.

Portanto, partindo de uma ideia constitucionalizada de todo o Direito, os pontos mais nevrálgicos nas sanções protetoras do direito de autor não estão na esfera privada (sanções civis), e sim na face da proteção penal patrimonial¹⁶. Afirma-se isto com base em valores constitucionais, os quais invadiram todas as camadas do ordenamento jurídico, de maneira que o pensamento punitivo hodierno deve ser mínimo (intervindo somente nas lesões mais graves aos bens jurídicos)¹⁷, compactuando com uma ótica social inclusiva (função social) ponderadora e solidária, sem que isso signifique o desguarnecimento do direito de autor. Por fim, não se está pleiteando a permissividade às lesões ao direito de autor, apenas se propõe a dúvida sobre a necessidade (ou não) de certas normas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A exposição normativa acerca das sanções do direito autoral, associada ao pensamento constitucionalizado do Direito, produz dúvidas acerca do direito posto. A priori, as sanções civis visam à proteção do patrimônio, fato perfeitamente adequado do ponto de vista da defesa de um direito fundamental, sendo possíveis alguns ajustes, a fim de adequar o fato à realidade social; porém, tal análise não pode ser externada neste curto espaço. Cabe mencionar que, além

¹⁵ REIS, Jorge Renato dos; PIRES, Eduardo. A utilização das obras intelectuais autorais frente às novas tecnologias: função social ou pirataria? *Anais... IV CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO*. Florianópolis, UFSC. Fundação Boiteux, 2010.

¹⁶ VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul, Plenum, n. 8, jul./ago. 2009.

¹⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. Coimbra: Coimbra, 2004. T. I, p. 109.

dos ajustes às sanções civis, a própria interpretação constitucional da legislação já pode ser apontada como uma opção à rigidez da legislação autoral.

Além do caráter patrimonialista da legislação e da proteção excessiva do autor, sem ponderar outros direitos fundamentais (informação, cultura, etc.), realizando sua função social, o uso das sanções penais também merece revisão, pois algumas delas não auferem o seu fim de impedir ou reduzir as violações, devendo, nesse sentido, oportunizar ao menos uma reflexão sobre a gravidade de algumas lesões ao direito de autor. Dito isso, as oportunidades se ascendem no caminho do resguardo do direito de autor, contudo, o olhar constitucional é imperioso a qualquer conclusão.

REFERÊNCIAS

- ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. *Obras privadas benefícios coletivos: a dimensão pública do direito autoral na sociedade da informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Direito de autor*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- CABRAL, Plínio. *A Nova Lei de Direitos Autorais: Comentários*. 4. ed. São Paulo: Harbra, 2003.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Liberdade e exclusivo na Constituição*. Estudos sobre direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2004.
- COSTA NETTO, José Carlos. *Direito autoral no Brasil*. São Paulo: FTD, 1998.
- D'AVILA, Fabio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico. Elementos para legitimação do direito penal secundário. In: D'ÁVILA, Fábio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder (Coords.). *Direito Penal Secundário*. Estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito penal*. Parte geral. Coimbra: Coimbra, 2004. T. I.
- EPPLE, Cristiane; RIBEIRO, Felipe Dias. A função social do direito de autor. In: REIS, Jorge Renato dos; GORCZEVSKI, Clovis (Orgs.). *Constitucionalismo contemporâneo: debates acadêmicos*. Santa Cruz do Sul: IPR, 2010.

FRAGOSO, João Henrique da Rocha. *Direito Autoral: da Antiguidade à Internet*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da Constituição*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

REIS, Jorge Renato dos. O Direito de Autor no Constitucionalismo Contemporâneo: considerações acerca de sua função social. In: ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo. (Org.). *Propriedade Intelectual em Perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

REIS, Jorge Renato dos; PIRES, Eduardo. A utilização das obras intelectuais autorais frente às novas tecnologias: função social ou pirataria? *Anais... IV CONGRESSO DE DIREITO DE AUTOR E INTERESSE PÚBLICO*, Florianópolis, UFSC, Fundação Boiteux, 2010.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. A hermenêutica filosófica e as possibilidades de superação do positivismo pelo (neo)constitucionalismo. *Estudos jurídicos*, São Leopoldo, Unisinos, v. 38, n. 1, jan./abr. 2005.

VIANNA, Túlio Lima. A ideologia da propriedade intelectual: a inconstitucionalidade da tutela penal dos direitos patrimoniais de autor. *Juris Plenum Ouro*, Caxias do Sul, Plenum, n. 8, jul./ago. 2009.

UM PANORAMA GERAL SOBRE A PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL



Salete Oro Boff

Pós-Doutora em Direito pela UFSC. Doutora em Direito pela UNISINOS. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Linha de pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social. Grupo de Pesquisa: Políticas Públicas de Inclusão Social – Subgrupo: Políticas Públicas para a Inovação e a Proteção Jurídica da Tecnologia. Professora do IESA. Pesquisadora da IMED.

Adam Hasselmann Teixeira

Mestrando em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Graduado em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro do Grupo de Estudos de Direito de Autor – EDA, coordenado pela Prof. Pós-Dr. Jorge Renato dos Reis, e do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual – GEDIPI, coordenado pela Prof^a Pós-Dr^a Salete Oro Boff, ambos vinculados ao CNPq. Advogado.

Contato: adam.hasselmann@hotmail.com

SUMÁRIO:

1. INTRODUÇÃO.
2. A PROPRIEDADE INTELECTUAL AO LONGO DOS TEMPOS;
 - 2.1 DIREITO AUTORAL;
 - 2.2 PROPRIEDADE INDUSTRIAL;
 - 2.3 INVENÇÃO E MODELO DE UTILIDADE;
 - 2.4 DESENHO INDUSTRIAL;
 - 2.5 MARCA;
 - 2.6 INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS;
 - 2.7 PROTEÇÃO DO SOFTWARE;
 - 2.8 CULTIVARES;
 - 2.9 PROTEÇÃO DE DADOS E INFORMAÇÕES NÃO DIVULGADAS;
 - 2.10 TOPOGRAFIA DE CIRCUITO INTEGRADO.
3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.
 - REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A proteção jurídica das criações humanas permite incentivar a geração de novas tecnologias, de produtos, de processo e de oportunidades comerciais; promove um ambiente legal que aumenta a segurança e a confiança das empresas, incentivando as transações comerciais; representa uma fonte de informação sobre o estágio da técnica e serve como instrumento de planejamento e estratégia da indústria e do comércio. Nesse sentido, as legislações dos países procuram reconhecer os direitos imateriais, seguindo Tratados e Convenções internacionais. A Constituição brasileira incluiu, entre os direitos e garantias fundamentais, no artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, a proteção aos direitos individuais dos autores e aos direitos conexos pela participação em obras coletivas e o direito dos inventores no artigo 5º, XXIX, os quais são regulados pela legislação infraconstitucional.

2 A PROPRIEDADE INTELECTUAL AO LONGO DOS TEMPOS

A propriedade do conhecimento é o diferencial entre os povos. Aqueles que detêm o conhecimento mantêm o domínio da tecnologia, subjucando os demais¹. Ao longo do tempo, desde a Antiguidade, os povos que avançavam em suas técnicas usavam e usufruíam de modo exclusivo, proibindo o seu alcance pelos demais. Na Idade Média, marcada pelo Movimento Renascentista e pelo surgimento de uma leve proteção aos direitos dos autores de obras artísticas. Mais tarde, o surgimento da imprensa e a Revolução Industrial serviram de mola propulsora para o mercado, e a proteção dos direitos intelectuais passa a ser exigida pelos criadores.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) define a propriedade intelectual como a soma dos direitos

[...] às obras literárias, artísticas e científicas, às interpretações dos artistas intérpretes e às execuções dos artistas executantes, aos fonogramas e às emissões de radiodifusão, às invenções em

¹ BOFF, Salete Oro. A propriedade intelectual no agronegócio regional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Orgs.). *Propriedade intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 39.

todos os domínios da atividade humana, às descobertas científicas, aos desenhos e modelos industriais, às marcas industriais, comerciais e de serviço, bem como às firmas comerciais e denominações comerciais, à proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos inerentes à atividade intelectual nos domínios industrial, científico, literário e artístico.²

As obras artísticas produzem efeitos no mundo da percepção, da comunicação e da expressão, enquanto as invenções geram resultados no mundo material. No século XIX, surgem as Convenções União de Paris (1883) e de Berna (1886), as quais estabeleceram normas gerais de observância internacional para proteção da propriedade intelectual. Posteriormente, após a Segunda Guerra Mundial, altera-se a legislação internacional, com a criação de novos mecanismos de proteção, adaptados às profundas transformações sofridas no mundo. O resultado foi a criação de uma organização que reunia as questões relativas aos direitos de autor³ e conexos, assim como os direitos de inventor. A OMPI – Organização Mundial de Propriedade Intelectual – ocupa-se de administrar a Convenção União de Paris e de Berna⁴.

Mais recentemente, os países industrializados passam a exigir a revisão dos tratados, com o fim de dotá-los de mecanismos para impor deveres e sanções aos países membros, assim como criar meios para resolução de controvérsias surgidas no âmbito da propriedade intelectual. Surge o TRIPS – Acordo sobre aspectos do Direito de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio. Como parte dos Acordos e Convenções internacionais, os Estados-Partes adaptam suas legislações às previsões internacionais. O TRIPS tem por objetivo promover a redução das distorções e impedimentos ao comércio internacional; promover a efetiva e adequada proteção aos direitos de propriedade intelectual, e assegurar medidas e procedimentos de proteção aos direitos de propriedade intelectual, a fim de que não se tornem barreiras para o comércio legítimo; estabelecer novas regras para cumprimento dos

² SUÍÇA. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Genebra, Suíça. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

³ Na legislação brasileira, a matéria sobre os direitos autorais atualmente está disciplinada na Lei 9.610, de 19.02.1998.

⁴ BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009.

direitos de propriedade intelectual, considerando a diversidade dos sistemas legais nacionais e garantir o princípio do tratamento nacional, pelo qual cada membro concederá aos nacionais dos demais Estados Partes tratamento não menos favorável ao outorgado a seus próprios nacionais com relação à proteção da propriedade intelectual. O tratado abrange o direito autoral e conexo, as patentes, as marcas, o desenho industrial, segredo industrial e a concorrência desleal⁵.

Os Tratados Internacionais acerca do tema da propriedade intelectual vinculam as legislações dos países que os ratificam, mesmo que não revelam o melhor interesse do país no âmbito da propriedade intelectual interna, beneficiando mais os interesses internacionais sobre a matéria.

No ordenamento jurídico brasileiro, o estabelecimento de regras garantindo os direitos sobre a propriedade intelectual não é recente. Note-se que, antes mesmo da independência, vigorava no país o Alvará de 1809, do Príncipe Regente Dom João VI, que estabelecia algumas regalias e privilégios de exclusividade àqueles que produzissem novas tecnologias para o mercado, como um benefício para a indústria e as artes. Em comunhão com outras normas posteriores a 1822, o Brasil passou a regulamentar a propriedade intelectual⁶.

A propriedade intelectual⁷ abrange o conjunto de direitos conferidos aos autores de obras oriundas do intelecto, conferindo-lhes um

⁵ BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009 p. 42.

⁶ PIMENTEL, Luiz Otavio; BARRAL, Welber. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 13.

⁷ Nesse mesmo sentido, importante acrescentar o que ressalta a OMPI: “*La propiedad intelectual (P.I.) tiene que ver con las creaciones de la mente: las invenciones, las obras literarias y artísticas, los símbolos, los nombres, las imágenes y los dibujos y modelos utilizados en el comercio. La propiedad intelectual se divide en dos categorías: la propiedad industrial, que incluye las invenciones, patentes, marcas, dibujos y modelos industriales e indicaciones geográficas de procedencia; y el derecho de autor, que abarca las obras literarias y artísticas, tales como las novelas, los poemas y las obras de teatro, las películas, las obras musicales, las obras de arte, tales como los dibujos, pinturas, fotografías y esculturas, y los diseños arquitectónicos. Los derechos relacionados con el derecho de autor son los derechos de los artistas intérpretes y ejecutantes sobre sus interpretaciones y ejecuciones, los derechos de los productores de fonogramas sobre sus grabaciones y los derechos de los organismos de radiodifusión sobre sus programas de radio y de televisión*”. (SUIÇA. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *¿Que es*

viés de propriedade. A propriedade intelectual, dessa forma, pode ser dividida em propriedade industrial⁸ e direito de autor, além de outras formas *sui generis*, conforme será abordado a seguir. O primeiro abrange, por seu turno, as patentes, as marcas, os desenhos e modelos industriais e também a concorrência desleal. O segundo diz respeito às obras de arte, à propriedade literária, científica e artística.

Como elementos comuns da propriedade intelectual, pode-se “a ‘idéia’ criativa que é protegida, a ‘imaterialidade’ do seu objeto (incorpóreo) e o tempo limitado da sua proteção, classificados para os efeitos do Código Civil como bens móveis (mobiliários)”⁹.

Para melhor dimensionar a temática, no próximo ponto, serão abordados os diferentes marcos legislativos brasileiros que visam prestar proteção às criações oriundas do intelecto humano, incluindo-se a tradicional dicotomia existente entre propriedade industrial e direito de autor, como também as formas *sui generis* de proteção.

2.1 DIREITO AUTORAL

O direito de autor contempla a proteção dos direitos autorais e também dos conexos¹⁰, ou seja, aqueles análogos a ele, uma vez que oferecem a mesma exclusividade¹¹.

la propiedad intelectual?. Genebra, Suíça. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

⁸ A Lei 9.279, de 14.05.1996, disciplina essa matéria.

⁹ PIMENTEL, Luiz Otavio; BARRAL, Welber. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otavio. (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007. p. 18.

¹⁰ Nesse sentido, importa referir que o viés moral do direito de autor é aquele que diz com o reconhecimento do autor como tal. O direito moral é eterno. O patrimonial diz com o patrimônio, com os ganhos advindos da obra. No Brasil, atualmente, existe a previsão de proteção da obra até 70 anos após a morte do autor, contados estes do dia 01 de janeiro do ano posterior ao falecimento, conforme redação do art. 41 da lei de direitos autorais: **Art. 41.** Os direitos patrimoniais do autor perduram por setenta anos contados de 1º de janeiro do ano subsequente ao de seu falecimento, obedecida a ordem sucessória da lei civil. **Parágrafo único.** Aplica-se às obras póstumas o prazo de proteção a que alude o *caput* deste artigo.

¹¹ Nesse sentido, o texto de Salete Oro Boff: “Esse direito garante aos autores exclusividade de utilizar, fluir e dispor da obra literária, artística ou científica, dependendo de autorização prévia e expressa do mesmo, para que a obra seja utilizada, por quaisquer

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil prevê, em seu artigo 5º, incisos XXVII e XXVIII, o seguinte:

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXVII - aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXVIII - são assegurados, nos termos da lei:

a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas;

b) o direito de fiscalização do aproveitamento econômico das obras que criarem ou de que participarem aos criadores, aos intérpretes e às respectivas representações sindicais e associativas;

Note-se que tamanha foi a importância dada aos direitos autorais que estes foram elencados pelo legislador constituinte no artigo que contempla os direitos e garantias fundamentais do povo brasileiro. Essa relevância se dá em função de que, por meio do fomento à produção literária, por exemplo, se está estimulando também o crescimento intelectual da sociedade e o acesso à cultura, de modo que, assim, a propriedade sobre as obras atenderá à sua função social, consoante prevê o artigo 5º, XXIII¹², da Carta Magna.

A normatização do direito autoral está prevista na Lei 9.610/98 e compreende, basicamente: as obras literárias, artísticas ou científicas; conferências, composições musicais, obras audiovisuais, sonorizadas ou não, obras cinematográficas, pinturas, gravuras, esculturas, litografia, ilustrações, projetos, adaptações, traduções, coletânea ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, base de dados e outros.

modalidades, dentre elas a reprodução parcial ou integral.” (BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009. p. 40)

¹² XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

2.2 PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Pelo estabelecido na Convenção União de Paris – CUP de 1883, que deu origem ao denominado Sistema Internacional da Propriedade Industrial, a Constituição Federal prevê a proteção à propriedade industrial no artigo 5º, também no rol de direitos e garantias fundamentais, desta feita em seu inciso XXIX:

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

O legislador, cumprindo com seu papel, editou, em 1996, a Lei 9.279, a qual regula os direitos e obrigações referentes à propriedade industrial, que, conforme exposto, é um dos ramos da propriedade intelectual. A propriedade industrial diz respeito à criação de produtos que tragam algo de novo. O avanço das técnicas deve ser reconhecido por técnicos/especialistas do INPI – Instituto Nacional de Propriedade Intelectual, que é o órgão competente para conceder patentes, por exemplo.

2.3 INVENÇÃO E MODELO DE UTILIDADE

A Lei da Propriedade Industrial, Lei 9.279/96, é que garante aos inventores o direito temporário sobre as invenções. Atendendo aos requisitos da novidade, à atividade inventiva e utilidade industrial é possível a concessão de patente de invenção. “A patente de invenção visa uma solução nova para um problema técnico, aplicável em escala industrial, é ato original do gênio humano”¹³.

Nesse sentido, Carla Eugenia Caldas Barros entende que patente de invenção “é um título de propriedade intelectual temporário, uma vez que é concedido pelo Estado, mediante ato administrativo

¹³ BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009. p.42.

por instituição especializada, com fins de exploração econômica, por um período determinado, no Brasil, de 20 anos”¹⁴.

Ao tratar da importância das patentes para o cenário econômico dos países, Daniela Benetti refere o seguinte:

[...] as patentes são importantes porque funcionam como uma ferramenta para a disseminação da informação tecnológica, bem como indicam o grau de desenvolvimento tecnológico e econômico dos países. As patentes ainda servem de estímulo ao inventor para continuar desenvolvendo suas pesquisas científicas e tecnológicas.¹⁵

Além dos requisitos supracitados, é necessário o viés de atividade inventiva, ou seja, que o objeto final resulte de trabalho intelectual do autor. É imperioso que haja um efeito ‘novo e inesperado’¹⁶. Por conseguinte, é defeso que a invenção seja oriunda do estado da técnica, “nem pelo método empregado, nem por sua aplicação, nem pela combinação de métodos, nem pelo produto a que se refere, e nem pelo resultado industrial que obtenha”¹⁷. A atividade inventiva “é a ação de criação terminada pelo inventor pela realização de sua invenção. É uma faculdade de inventar, imaginar, ser o primeiro a ter uma idéia [...]. É a virtude de idealizar algo até então inexistente e que possa ser empregado industrialmente”¹⁸.

¹⁴ BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007. p. 191.

¹⁵ BENETTI, Daniela Vanila Nakalski. Propriedade intelectual como instrumento de desenvolvimento socioeconômico e tecnológico. In: BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otavio (Coords.). *Propriedade intelectual, gestão da inovação e desenvolvimento*. Passo Fundo: IMED, 2009. p. 49.

¹⁶ BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009. p. 43.

¹⁷ SOARES, José Carlos Tinoco. *Tratado de propriedade industrial*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998. p. 318-322.

¹⁸ *Idem*, p. 318-322.

A invenção, nesse sentido, merece proteção “cuando implica un salto cualitativo en la elaboración de la regla técnica. El inventor para merecer la protección de la patente tiene que haber desplegado una mínima actividad intelectual de creación.” (CORREA, Carlos M. (Coord.). *Derecho de patentes*. El nuevo regimen legal de las invenciones y los modelos de utilidad. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos Y Administrativos, 1996)

Ademais, os certificados de adição de invenção podem ser concedidos para a proteção de “aperfeiçoamento ou desenvolvimento introduzido no objeto da invenção, mesmo destituído de atividade inventiva, desde que a matéria se inclua no mesmo conceito inventivo”¹⁹.

A proteção por patente, que é um título estatal de propriedade, tem o prazo de duração de vinte anos quando se trata de invenção, e de quinze para o modelo de utilidade, ambos contados da data do depósito do pedido de patente junto ao INPI.

Acrescente-se, por oportuno, que existe impedimento em relação ao pedido de patente do que for contra a moral, aos bons costumes e à segurança, à ordem e à saúde públicas; as substâncias, matérias, misturas ou produtos de qualquer espécie, bem como a modificação de suas propriedades físico-químicas e os respectivos processos de obtenção ou modificação, quando resultantes de transformação do núcleo atômico e o todo ou parte dos seres vivos, exceto os micro-organismos transgênicos²⁰.

2.4 DESENHO INDUSTRIAL

O desenho industrial refere-se a “à forma dos objetos, especificidades que permitem sua imediata identificação, com caráter meramente estético”²¹. A Lei 9.279/96 considera o desenho industrial como “a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial”.

É exigido, a fim de que o *design* seja protegido, que este seja novo, original e que tenha utilidade industrial. “O registro de desenho industrial é um título de propriedade temporária outorgado pelo

¹⁹ PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade Intelectual: conceitos básicos*. Curso de Estruturação de Núcleos de Inovação Tecnológica. Florianópolis: UNICAMP/UFSC, 3 a 6 de dez. 2007.

²⁰ Conforme artigo 18 da Lei 9.279/96.

²¹ BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009. p. 45.

Estado aos autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação²². É de dez anos o prazo de vigência do registro, podendo este ser prorrogado por no máximo três períodos de cinco anos.

2.5 MARCA

De acordo com a Lei de Propriedade Industrial, designa-se a marca como um sinal distintivo, visualmente perceptível, que identifica e distingue produtos e serviços de outros semelhantes, de procedência diferente, bem como certifica a conformidade dos mesmos com determinadas normas ou especificações técnicas.

A Lei de Propriedade Industrial prevê a marca de produtos e serviços, a marca de certificação e a marca coletiva:

[...] a marca de produto ou serviço é utilizada para distinguir produto ou serviço de outro idêntico, semelhante ou afim, de origem diversa.²³ A marca de certificação é empregada para atestar a conformidade de um produto ou serviço e com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, ao material utilizado e à metodologia empregada. A marca coletiva é usada para identificar produtos e serviços provindos de membros de uma determinada entidade.²⁴

O INPI é o órgão competente para a concessão do pedido de registro. O prazo de vigência do registro de marca é de dez anos, contados a partir da data de concessão deste. Esse prazo é prorrogável, a pedido do titular por períodos iguais e sucessivos. Para que haja o registro, são necessários a novidade relativa, a não coincidência com marca notória e o não impedimento.

²² BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009. p. 46.

²³ A legislação brasileira estabelece a denominação 'marca de alto renome' para os casos em que o sinal devidamente registrado goze de renome que transcenda o segmento do mercado para o qual ele foi originalmente destinado.

²⁴ BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009. p. 46-47.

2.6 INDICAÇÕES GEOGRÁFICAS

As indicações geográficas integram o rol protegido pela propriedade intelectual, Lei 9.279/96. “As indicações geográficas são sinais distintivos de origem ou qualidade utilizados na produção ou no comércio”²⁵.

As indicações geográficas podem ser de procedência ou denominação de origem, conforme reza a Lei de Propriedade Industrial:

Art. 177. Considera-se indicação de procedência o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que se tenha tornado conhecido como centro de extração, produção ou fabricação de determinado produto ou de prestação de determinado serviço.

Art. 178. Considera-se denominação de origem o nome geográfico de país, cidade, região ou localidade de seu território, que designe produto ou serviço cujas qualidades ou características se devam exclusiva ou essencialmente ao meio geográfico, incluídos fatores naturais e humanos.

Quando reconhecidas, as indicações geográficas beneficiam produtores e consumidores, valorizam o produto, facilitam a identificação e estimulam a melhora qualitativa dos produtos, gerando, portanto, desenvolvimento. Os produtores e prestadores de serviços estabelecidos no local podem fazer uso da indicação geográfica, sujeitando-se a cumprir os requisitos legais (qualidade). A matéria está regulamentada na Lei 9.279/96, artigos 176 a 182 e Resolução do INPI 75/2000²⁶.

Ademais, em que pese ter-se referência tradicionalmente à divisão da propriedade intelectual em direito de autor e propriedade industrial, a literatura contemporânea tem apontado para o termo “direitos imateriais” como a nova forma de se referir aos direitos de propriedade intelectual, visto que a dicotomia antes existente não mais se aplica em sua completude; haja vista o surgimento de formas

²⁵ BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009. p. 47.

²⁶ *Idem*.

sui generis de propriedade intelectual, a exemplo das cultivares, da topografia de circuitos integrados e softwares (protege-se o código fonte do programa).

2.7 PROTEÇÃO DO SOFTWARE

De acordo com a lei que regula a matéria, a Lei 9.609/98, em seu artigo 1º, o programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados. A proteção, nesse caso, abrange o código fonte (disposição, novo método), já que “o *software* é uma obra imaterial que necessita de suportes físicos para se tornar perceptível e possui funcionalidade”²⁷.

É de cinquenta anos a tutela dos direitos relativos a programa de computador, contados a partir de primeiro de janeiro do ano subsequente ao da sua publicação ou, na ausência desta, da sua criação, conforme referido na lei. Diferente dos demais casos, independe de registro a proteção dos direitos do criador. Entrementes, os programas de computador poderão, a critério do titular, ser registrados em órgão ou entidade a ser designado por ato do Poder Executivo, por iniciativa do Ministério responsável pela política de ciência e tecnologia.

2.8 CULTIVARES

Entende-se por cultivares as variedades de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que sejam claramente distinguíveis de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores mediante gerações sucessivas e seja de espécie passível

²⁷ BLUM, Renato Opice et al. *Direito eletrônico: a internet e os tribunais*. Bauru: Edipro, 2011. p. 613.

de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos²⁸.

A cultivar possui denominação que a identifique, destinada a ser sua denominação genérica, devendo, para fins de proteção, ser única, não podendo ser expressa apenas de forma numérica; ter denominação diferente de cultivar preexistente; não induzir a erro quanto às suas características intrínsecas ou quanto à sua procedência.

A Lei 9.456/97 veio a instituir a Lei de Proteção de Cultivares. No Brasil, cabe ao Ministério da Agricultura e do Abastecimento, por intermédio do Serviço Nacional de Proteção de Cultivares – SNPC, da Secretaria de Desenvolvimento Rural, esclarecer as dúvidas sobre esse assunto. A proteção jurídica da cultivar se dá por meio de certificação, que garante ao titular o direito de reprodução comercial no território brasileiro, ficando vedado a terceiros, durante o prazo de proteção, a produção com fins comerciais, o oferecimento à venda ou a comercialização do material de propagação da cultivar sem sua autorização.

2.9 PROTEÇÃO DE DADOS E INFORMAÇÕES NÃO DIVULGADAS

São passíveis de proteção, contra o uso comercial desleal, as informações relativas aos resultados de testes ou outros dados não divulgados apresentados às autoridades competentes como condição para aprovar ou manter o registro para a comercialização de produtos farmacêuticos de uso humano e veterinário, fertilizantes, agrotóxicos, seus componentes e afins. As informações protegidas serão aquelas cuja elaboração envolva esforço considerável e que tenham valor comercial enquanto não divulgadas.

De acordo com a Lei 10.603/02, que dispõe sobre a proteção de informação não divulgada submetida para aprovação da comercialização de produtos e dá outras providências, são enquadradas

²⁸ BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009. p. 48.

como não divulgadas as informações que, até a data da solicitação do registro, “não sejam facilmente acessíveis a pessoas que normalmente lidam com o tipo de informação em questão, seja como um todo, seja na configuração e montagem específicas de seus componentes; e tenham sido objeto de precauções eficazes para manutenção da sua confidencialidade pela pessoa legalmente responsável pelo seu controle”²⁹.

É de dez anos o prazo de proteção, que também pode se dar por cinco anos ou um ano, conforme o tipo de informação ou da sua associação com o produto (por exemplo, não se aplica a produtos farmacêuticos de uso humano).

2.10 TOPOGRAFIA DE CIRCUITO INTEGRADO

Segundo a Lei 11.484/07, a topografia de circuito integrado é um dispositivo microeletrônico capaz de desempenhar funções eletrônicas. De acordo com o artigo 26 da referida lei, tem-se a seguinte definição de topografia de circuito integrado:

Art. 26. Para os fins deste Capítulo, adotam-se as seguintes definições:

I – circuito integrado significa um produto, em forma final ou intermediária, com elementos dos quais pelo menos um seja ativo e com algumas ou todas as interconexões integralmente formadas sobre uma peça de material ou em seu interior e cuja finalidade seja desempenhar uma função eletrônica;

II – topografia de circuitos integrados significa uma série de imagens relacionadas, construídas ou codificadas sob qualquer meio ou forma, que represente a configuração tridimensional das camadas que compõem um circuito integrado, e na qual cada imagem represente, no todo ou em parte, a disposição geométrica ou arranjos da superfície do circuito integrado em qualquer estágio de sua concepção ou manufatura.

Ademais, é assegurado ao criador da topografia de circuito integrado (presumido como sendo o requerente) o registro que lhe

²⁹ Consoante redação do art. 2º da referida lei.

garanta a proteção de seus direitos de propriedade intelectual. A Lei salienta, em seu artigo 28, que “pertencerão exclusivamente ao empregador, contratante de serviços ou entidade geradora de vínculo estatutário os direitos relativos à topografia de circuito integrado desenvolvida durante a vigência de contrato de trabalho, de prestação de serviços ou de vínculo estatutário, em que a atividade criativa decorra da própria natureza dos encargos concernentes a esses vínculos ou quando houver utilização de recursos, informações tecnológicas, segredos industriais ou de negócios, materiais, instalações ou equipamentos do empregador, contratante de serviços ou entidade geradora do vínculo”.

O pedido de registro deverá referir-se a uma única topografia e atender às condições legais regulamentadas pelo INPI. Ao criador da topografia de circuito integrado será assegurado o registro que lhe garanta a proteção. Para que seja concedida a proteção, a topografia deverá ser original, no sentido de que resulte do esforço intelectual do seu criador ou criadores e que não seja comum ou vulgar para técnicos, especialistas ou fabricantes de circuitos integrados, no momento de sua criação. A proteção da topografia será concedida por dez anos contados da data do depósito ou da primeira exploração, o que tiver ocorrido primeiro.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A propriedade intelectual confere a proteção aos direitos dos autores e a propriedade industrial, bem como das demais formas *sui generis* de criações humanas.

É de extrema importância a proteção conferida pela legislação pátria aos mais diversos institutos pertinentes à propriedade intelectual. É essa proteção que confere maior segurança e, de todo modo, fomenta a criatividade e o poder de invenção do ser humano.

Assim, é indispensável a existência de normas reguladoras, a exemplo do que prevê o ordenamento jurídico nacional, tanto pela Constituição Federal quanto pelas legislações infraconstitucionais de maior magnitude.

REFERÊNCIAS

BARBOSA, Cláudio R. *Propriedade intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARROS, Carla Eugenia Caldas. *Manual de direito da propriedade intelectual*. Aracaju: Evocati, 2007.

BASSO, Maristela. *O Direito Internacional da Propriedade Intelectual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BENETTI, Daniela Vanila Nakalski. Propriedade intelectual como instrumento de desenvolvimento socioeconômico e tecnológico. In: BOFF, Salete Oro; PIMENTEL, Luiz Otávio (Coords.). *Propriedade intelectual, gestão da inovação e desenvolvimento*. Passo Fundo: IMED, 2009.

BLUM, Renato Opice et al. *Direito eletrônico: a internet e os tribunais*. Bauru: Edipro, 2011.

BOFF, Salete Oro. *Propriedade intelectual e desenvolvimento: inovação, gestão e transferência tecnológica*. Passo Fundo: IMED, 2009.

BOFF, Salete Oro. A propriedade intelectual no agronegócio regional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; BOFF, Salete Oro; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Orgs.). *Propriedade intelectual: gestão do conhecimento, inovação tecnológica no agronegócio e cidadania*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 de outubro de 1988. Acesso em: 03 ago. 2011.

BRASIL. *Lei 9.279, de 14 de maio de 1996*. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Brasília, 15 de maio de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

BRASIL. *Lei 9.610, de 19 de fevereiro de 1998*. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. Brasília, 20 de fevereiro de 1998. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 03 ago. 2011.

BRASIL. *Associação Brasileira da Propriedade Industrial*. Disponível em: <<http://www.abpi.org.br>>. Acesso em: 05 ago. 2011.

BRASIL. *Instituto Nacional da Propriedade Industrial*. Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br>>. Acesso em: 07 ago. 2011.

CORREA, Carlos M. (Coord.). *Derecho de patentes*. El nuevo régimen legal de las invenciones y los modelos de utilidad. Buenos Aires: Fundación Centro de Estudios Políticos Y Administrativos, 1996.

FURTADO, Lucas Rocha. *Sistema de propriedade industrial no direito brasileiro*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

PIMENTEL, Luiz Otávio. *Propriedade Intelectual: conceitos básicos*. Curso de Estruturação de Núcleos de Inovação Tecnológica. Florianópolis: Unicamp/UFSC, 3 a 6 de dez/2007.

PIMENTEL, Luiz Otávio; BARRAL, Welber. Direito de propriedade intelectual e desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio. (Orgs.). *Propriedade intelectual e desenvolvimento*. Florianópolis: Boiteux, 2007.

SHERWODD, Robert M. *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. Trad. Heloísa de Arruda Villela. São Paulo: Edusp, 1992.

SILVEIRA, Newton. *Curso de propriedade industrial*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SOARES, José Carlos Tinoco. *Tratado de propriedade industrial*. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

SUIÇA. Organização Mundial da Propriedade Intelectual. *¿Qué es la propiedad intelectual?*. Genebra, Suíça. Disponível em: <<http://www.wipo.int>>. Acesso em: 10 ago. 2011.

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL CLAUSTRO UNIVERSITARIO



Carlos Alejandro Cornejo Guerrero

Decano de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener, Lima-Perú. Profesor Principal de Propiedad Intelectual de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vicepresidente de la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual-INDECOPI. Director General de la Academia de la Magistratura del Perú (2004-2005).

SUMARIO:

1. PROPIEDAD INTELECTUAL, PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHOS DE AUTOR.
2. LOS DERECHOS MORALES Y LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA.
3. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL CLAUSTRO UNIVERSITARIO;
 - 3.1 LAS LECCIONES DE LOS PROFESORES;
 - 3.2 USO DE CUADROS, MAPAS, ESQUEMAS O EN GENERAL CREACIONES PLASMADAS POR EL PROFESOR EN ALGÚN TIPO DE SOPORTE FÍSICO O MAGNÉTICO, PARA FACILITAR LAS EXPLICACIONES EN CLASE;
 - 3.3 LA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL DERECHO DE CITA;
 - 3.4 LOS MATERIALES DE ENSEÑANZA Y LA REPROGRAFÍA;
 - 3.5 ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN DE LOS DOCENTES Y EL DERECHO DE AUTOR;
 - 3.5.1 Actividades de Investigación Individuales;
 - 3.5.2 El Trabajo en Talleres De Investigación.
 - 3.5.3 Las Actividades De Asesoría De Investigación;
 - 3.6 ÁMBITO DE PROTECCIÓN EN CASO DE CREACIONES DE PROGRAMAS DE ORDENADOR.
4. CONCLUSIONES.
 - BIBLIOGRAFÍA

1 PROPIEDAD INTELECTUAL, PROPIEDAD INDUSTRIAL Y DERECHOS DE AUTOR

Antes de estudiar las diversas situaciones en las que participan docentes, estudiantes universitarios, así como la institución universitaria como tal, en el marco de la protección de los derechos de autor, es necesario hacer algunas explicaciones previas sobre su concepto, alcances y relación con la propiedad intelectual y la propiedad industrial.

Hay una categoría general que es la de la Propiedad Intelectual, que comprende tanto a la denominada Propiedad Industrial como a los Derechos de Autor. El término “Propiedad Intelectual” ha sido duramente criticado, no obstante, este es el término que se ha impuesto nacional e internacionalmente.

Tenemos por ejemplo la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual – OMPI, que es una de las entidades internacionales más importantes para la promoción, difusión y fortalecimiento de los derechos de propiedad industrial y derechos de autor. Por otro lado, tenemos el ADPIC, o Acuerdo sobre los Aspectos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, dado en el seno de la Organización Mundial de Comercio, y que considera como propiedad intelectual, tanto a los derechos de autor como a la propiedad industrial. Tenemos también en el Perú, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, que es el órgano nacional competente en asuntos de propiedad industrial y derechos de autor.

La Propiedad Industrial, una especie de la denominada Propiedad Intelectual, comprende a su vez las creaciones industriales, los signos distintivos y algunos derechos sui-géneris. Dentro de las creaciones industriales, encontramos a las Invenciones, Modelos de Utilidad, Diseños Industriales e inclusive los Secretos Empresariales; dentro de los signos distintivos se comprenden las marcas, nombres comerciales, lemas comerciales e indicaciones geográficas. Por último, dentro de los derechos sui-géneris que tienen un régimen especial, tenemos a los derechos de los obtentores de las nuevas variedades vegetales, así como a los conocimientos tradicionales de las comunidades indígenas.

En síntesis, entonces, la Propiedad Intelectual es un término que se ha impuesto en la práctica y que comprende tanto a la propiedad industrial como a los derechos de autor y derechos conexos. Los derechos de autor protegen a todas las obras del ingenio humano, en los dominios literario o artístico, cualquiera sea su género, forma de expresión, mérito o finalidad, los derechos conexos corresponden por ejemplo al de los artistas intérpretes y ejecutantes, de los productores de fonogramas, etc.

Dentro de las obras protegidas por los derechos de autor en el Perú, tenemos a las obras literarias expresadas en forma escrita, a través de libros, revistas, folletos y otros escritos; a las obras literarias expresadas en forma oral, tales como las conferencias, alocuciones y sermones o las explicaciones didácticas; a las composiciones musicales, a las obras dramáticas, de artes plásticas, de arquitectura y fotográficas; a los programas de ordenador; a las antologías o compilaciones de obras diversas o de expresiones del folklore, y las bases de datos, siempre que dichas colecciones sean originales en razón de la selección, coordinación o disposición de su contenido, etc.

El derecho de autor nace con la plasmación de una creación intelectual en una obra; para la protección no es necesario el registro ni ninguna otra formalidad. Los derechos de autor reconocidos por la Legislación, son independientes del derecho de propiedad del objeto material en el cual está incorporada la obra.

La Decisión Andina N° 351 y el Decreto Legislativo N° 822, son las principales disposiciones que regulan los derechos de autor en el Perú; a esto hay que añadirle los tratados y convenios internacionales sobre la materia y la Constitución Política del Estado como norma de mayor jerarquía. Se protege a los autores de obras literarias y artísticas y sus derechohabientes, y a los titulares de derechos conexos al derecho de autor. La protección se reconoce cualquiera sea la nacionalidad, el domicilio del autor o titular del respectivo derecho o el lugar de la publicación o divulgación.

En el artículo 2, inciso 1 del Decreto Legislativo N° 822, se define al Autor como la persona natural que realiza la creación intelectual. Esta definición es importante, pues con ella se fija que sólo las personas naturales y no las personas jurídicas pueden ser autores. Asimismo, en el artículo 2, inciso 17 del mismo cuerpo legal, se define a la Obra como toda creación intelectual personal que sea original y

susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma, conocida o por conocerse. En el inciso 23 del mismo artículo, se define la obra literaria como toda creación intelectual, sea de carácter literario, científico, técnico o meramente práctico, expresada mediante un lenguaje determinado.

El Código Civil de 1984 establece en su artículo 18° que los derechos del autor o del inventor, cualquiera que sea la forma o modo de expresión de su obra, gozan de protección jurídica de conformidad con la Ley de la materia. Asimismo, en su artículo 884° establece que “Las propiedades incorpóreas se rigen por su legislación especial”. De otro lado, el artículo 886° del mismo Código establece que “Son muebles: [...] 6. Los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares. [...]”.

Se aprecia en este Código el desfase en la regulación de este derecho en tanto que se encuadra un bien intangible dentro de una clasificación tradicional que tiene como base el criterio de movilidad. Sin embargo, la consideración del derecho de autor como un derecho de propiedad, hace que se le categorice dentro de los criterios que aunque sumamente criticados ya por décadas, seguían utilizándose en la Legislación y en la práctica del Derecho, reinantes en la época, es decir en la vieja clasificación de bienes muebles e inmuebles.

En el año 1984, por Resolución Legislativa N° 23979, se aprobó el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, del 9 de Setiembre de 1886, la Convención Universal sobre Derechos de Autor y protocolos Anexos N° 1 y 2, revisada en París el 24 de julio de 1971, la Convención de Roma sobre la Protección de los Artistas Intérpretes o Ejecutantes, Productores de Fonogramas y Organismos de Radiodifusión, del 26 de Octubre de 1961, el Convenio para la Protección de los Productores de Fonogramas, contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas del 29 de Octubre de 1971, y el Convenio sobre la distribución de señales portadoras de Programas Transmitidas por Satélite” hecho en Bruselas el 21 de Mayo de 1974.

La actual Constitución de 1993, en su Título I De la Persona y de la Sociedad, Capítulo I. Derechos Fundamentales de la Persona, artículo 2, inciso 8, establece que toda persona tiene derecho a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto.

No mucho después de la dación de esta Constitución, se dió la Decisión 351° de la Comisión del Acuerdo de Cartagena – Régimen Común sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, del 17/12/93, que ya hemos mencionado. La normatividad dispuesta por la indicada Decisión es clave en el desarrollo de los derechos de autor en la región andina. Se trata de una norma subregional, dada para que se disponga de una Legislación común en los países de Colombia, Perú, Ecuador, Venezuela y Bolivia, de modo que se fortalezcan desde este ámbito que ha tenido cada vez más importancia para el comercio internacional, el proceso de integración.

La Decisión 351° establece en su artículo I:

Las disposiciones de la presente Decisión tienen por finalidad reconocer una adecuada y efectiva protección a los autores y demás titulares de derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario o artístico ni su destino.

Asimismo, se protegen los Derechos Conexos a que hace referencia el Capítulo X de la presente Decisión.

Conforme al artículo cuatro: “La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, [...]”.

El artículo cinco establece: “Sin perjuicio de los derechos del autor de la obra preexistente y de su previa autorización, son obras del ingenio distintas de la original, las traducciones, adaptaciones, transformaciones o arreglos de otras obras.”

Asimismo, el artículo seis señala que: “Los derechos reconocidos por la presente Decisión son independientes de la propiedad del objeto material en el cual esté incorporada la obra.”

El artículo siete consigna: “Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.

No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.”

Dado que era necesario contar con una Ley actualizada que incorpore los avances plasmados por la Decisión 351 y los compatibilice con el tratamiento de la normatividad internacional que era a la fecha obligatoria para el país, se dio con fecha 23 de Abril de 1996, el Decreto Legislativo 822 – Ley sobre Derechos de Autor¹. Es por ello, que el articulado de dicho Decreto se puede considerar como una Legislación plenamente moderna.

El Decreto Legislativo 822 establece en su artículo primero del Título Preliminar lo siguiente:

Las disposiciones de la presente ley tienen por objeto la protección de los autores de las obras literarias y artísticas y de sus derechos habientes, de los titulares de derechos conexos al derecho de autor reconocidos en ella y de la salvaguardia del acervo cultural.

Esta protección se reconoce cualquiera que sea la nacionalidad, el domicilio del autor o titular del respectivo derecho o el lugar de la publicación o divulgación.

Desde el mes de Mayo del año 2002, entraron en vigencia el Tratado de la OMPI sobre el Derecho de Autor y el Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas. Como podemos apreciar, la creación intelectual se encuentra comprendida en la categoría de propiedad intelectual, lo cual pese a los cuestionamientos de técnica jurídica sobre dicho encuadramiento, tiene la bondad de ofrecer una protección plena del más alto rango al derecho de autor: el de un derecho inviolable en relación al cual se pueden ejercer sin restricciones todas las garantías constitucionales para que se respete debidamente.

2 LOS DERECHOS MORALES Y LOS DERECHOS PATRIMONIALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

Los derechos intelectuales son derechos especialísimos que han terminado de diseñarse en la modernidad y cuya naturaleza ju-

¹ A esa fecha, ya se había firmado Acuerdo sobre los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (1994), que debía ser implementado. También se habían suscrito una serie de instrumentos internacionales que ya hemos referido.

rídica aún ahora despierta polémica, debido al carácter inmaterial de su objeto (por ejemplo la marca o la invención, que son intangibles) y las funciones nuevas y especiales que están llamados a cumplir. Si bien este derecho deben considerarse como un todo único, debe considerarse que consiste en un haz de facultades, distinguiéndose claramente aquellas facultades relativas al aspecto moral (derecho moral de autor), de aquellas relativas al aspecto económico (derecho patrimonial de autor).

El **derecho moral de autor**, se traduce básicamente en 6 aspectos:

1) Derecho de paternidad de la obra.

En virtud de este derecho, el autor tiene el derecho a ser reconocido como tal, determinando que la obra lleve las indicaciones correspondientes y de resolver si la divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o en forma anónima (Art. 24, D. Leg. 822). En consecuencia, ningún usuario o persona, puede omitir el nombre del autor cuando se presenta o exhibe la obra al público.

2) Derecho a la integridad de la obra.

Conforme a este derecho, el autor tiene la facultad de oponerse a toda alteración, deformación, mutilación o modificación de la obra (Art. 25, D. Leg. 822).

3) Derecho de Divulgación o Derecho a lo inédito.

El autor puede decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma (Art. 23, D. Leg. 822). El autor puede mantener su obra sin publicación, e inclusive puede disponer que luego de su muerte, su obra no sea publicada en un determinado lapso.

4) Derecho de Modificación o Variación (o de rectificación).

El autor antes o después de su divulgación tiene la facultad de modificar su obra respetando los derechos adquiridos por terceros, a quienes deberá previamente indemnizar por los daños y perjuicios que les pudiese ocasionar (Art. 26, D. Leg. 822).

5) Derecho de Retiro de la obra del comercio (o de arrepentimiento).

El autor tiene la facultad de retirar de circulación su obra o prohibir su presentación en público, si ellas son incompatibles con su actual condición intelectual o moral, siempre que pague previamente a quien corresponda, una indemnización por los daños causados (Art. 27, D. Leg. 822).

6) Derecho de Acceso.

Por el derecho de acceso, el autor tiene la facultad de acceder al ejemplar único o raro de la obra cuando se halle en poder de otro a fin de ejercitar sus demás derechos morales o los patrimoniales reconocidos en la presente ley.

El **derecho patrimonial de autor** consiste en el derecho exclusivo de explotar la obra bajo cualquier forma o procedimiento. Específicamente, el derecho patrimonial de autor comprende entre otras facultades, las siguientes:

- a) La reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento.
- b) La comunicación al público de la obra por cualquier medio.
- c) La distribución al público de la obra.
- d) La traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.
- e) La importación al territorio nacional de copias de la obra hechas sin autorización del titular del derecho por cualquier medio incluyendo retransmisión.
- f) Cualquier otra forma de utilización de la obra que no está contemplada en la Ley como excepción al derecho patrimonial.

3 LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE AUTOR EN EL CLAUSTRO UNIVERSITARIO

En el presente capítulo se hará una referencia a diferentes formas en que típicamente se produce la infracción de los derechos de autor en un ambiente universitario. Es necesario mencionar que

dentro de los principales factores para que se produzca este tipo de comportamientos prohibidos, están la falta de una cultura de respeto a los derechos de autor junto con - en muchas ocasiones - la inaccesibilidad de la obra original, por razones de precio.

3.1 LAS LECCIONES DE LOS PROFESORES

Una de las infracciones que más pueden llamar la atención y que muestran la falta de cultura del respeto al derecho de los profesores sobre sus creaciones intelectuales, es la reproducción y posterior comercialización de las alocuciones dadas por los docentes en clase o en conferencias.

A veces ocurre que el llamado “dictado de clases” es grabado y posteriormente plasmado en separatas que luego son vendidas sin que el autor de tales lecciones haya dado su autorización. La infracción no se configura sólo por la falta de autorización, sino también por la falta de mención de quién es el autor. Igualmente a veces en dichas separatas se produce una distorsión de las ideas expresadas por el docente.

Conforme al artículo 4 literal b) de la Decisión 351°, la protección que brinda el derecho de autor llega a todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, incluyéndose dentro de ellas las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza. También en el Decreto Legislativo 822°, artículo 5° se consigna que están protegidas dentro de las obras protegidas las obras literarias expresadas en forma oral, tales como las conferencias, alocuciones y sermones o las explicaciones didácticas.

Corroborando plenamente el concepto vertido líneas arriba, el hecho que cuando el Decreto Legislativo 822° trata acerca de los límites al derecho de explotación, señala en su artículo 42° que: “Las lecciones dictadas en público o en privado, por los profesores de las universidades, institutos superiores y colegios, podrán ser anotadas y recogidas en cualquier forma, por aquellos a quienes van dirigidas, pero nadie podrá divulgarlas o reproducirlas en colección completa o parcialmente, sin autorización previa y por escrito de los autores”.

Tenemos entonces que no hay ninguna duda que las lecciones de los profesores en clase o en conferencias, están protegidas expresamente por nuestra normatividad como obras expresadas en forma oral, y específicamente como explicaciones didácticas o conferencias.

Por otro lado, al no consignar el nombre del autor en las separatas que contienen las clases de los profesores, se estaría atentando contra el derecho de paternidad de la obra, que es uno de los derechos morales reconocidos en nuestra Legislación (Art. 11, literal b) de la Decisión 351° y Arts. 22 y 24 del Decreto Legislativo 822°.

También se estaría atentando contra el derecho de divulgación, otro derecho moral consagrado por el artículo 11 de la Decisión 351° y por el Artículo 22 y 23 del Decreto Legislativo 822°. En efecto, como sabemos conforme al derecho de divulgación, corresponde al autor la facultad de decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma. En este caso no se estaría respetando el hecho que la única forma de divulgación de la obra que ha permitido el autor es a través de su propia expresión oral. Al divulgarse la obra en forma escrita a través de las separatas, se estaría atentando también contra este derecho.

En el caso propuesto para el análisis, nos hemos puesto en la eventualidad que parte del contenido de la obra no guarde la debida fidelidad con el original. Esto suele suceder en razón que a veces las grabaciones no son muy claras con lo que se completan dichas partes no claras o inaudibles por otra persona, llegándose inclusive a desvirtuar lo dicho por el autor. Enfatizar en este aspecto es importante pues aun cuando las separatas no indican el nombre del autor, sí indican el nombre del curso y todos los estudiantes que compran dicho documento saben perfectamente que ha sido elaborado en base a las clases del profesor en cuestión. Aquí se estaría atentando contra el derecho moral que consiste en el derecho de integridad de la obra, por el cual autor tiene la facultad de oponerse a toda deformación, modificación o alteración de la misma (art. 11, literal c) de la Decisión 351° y artículo 22 literal c y Artículo 25 del Decreto Legislativo 822°.

En el caso, también aparece una clara infracción a los derechos patrimoniales del autor, como sabemos conforme al artículo 30° del Decreto Legislativo 822°, el autor goza del derecho exclusivo de explotar su obra bajo cualquier forma o procedimiento, y de obtener

por ello beneficios. Igualmente, el artículo 31° del mismo cuerpo legal señala que el derecho patrimonial comprende, entre otros, el derecho de autorizar o prohibir la reproducción de la obra por cualquier forma o procedimiento, así como la distribución al público de la obra. Al no contarse con ninguna autorización para la publicación de las clases del docente en separatas, ni su posterior comercialización, se estaría atentando contra estos derechos patrimoniales.

Para terminar este punto, es pertinente señalar que respecto del artículo 42° del Decreto Legislativo 822°, se ha señalado que existiría la contradicción de que por un lado se permite que las lecciones de los profesores sean anotadas y recogidas en cualquier forma por aquellos a quien van dirigidas, y por otro se señala que nadie podrá divulgarlas o reproducirlas, siendo que la reproducción comprende los casos de anotación de las lecciones o de su fijación por otro medio².

Marisol Ferreyros señala que es necesario darle algún sentido lógico a dicha norma, y que la única manera de hacerlo es interpretando que cuando el legislador prohíbe al destinatario de las lecciones reproducirlas, se estaría refiriendo a una de las dos formas de reproducción (obtención de copias de la misma, en cualquier forma o procedimiento) y no al acto de fijarlas mediante anotación o fijación, siempre que sea para uso personal. Igualmente señala, que nada impediría que el profesor, en ejercicio del derecho exclusivo sobre su obra, prohibiera expresamente la grabación sonora o audiovisual de sus lecciones³.

En nuestra opinión, la solución planteada aunque interesante es bastante polémica. Haciendo una aplicación de la norma en base a su razonabilidad, tendrían que desecharse los sentidos contradictorios de ella, por lo que dado que el artículo 42° tiene el propósito de fijar un límite al derecho de explotación como efectivamente lo hace, él no puede ser despojado de completo sentido por lo que establece el mismo artículo más adelante.

En consecuencia, los alumnos pueden lícitamente y sin ninguna autorización de por medio tanto hacer anotaciones de la lección

² Marisol Ferreyros Castañeda y Ricardo Antequera Parrilli, en "El Nuevo Derecho de Autor en el Perú", p. 160.

³ Marisol Ferreyros Castañeda, *Op. cit.*, p. 160.

de los profesores, como hacer grabaciones de las mismas. Lo que no podrían hacer es habiendo anotado o recogido las lecciones por otro medio, incluida la grabación de ellas, divulgarlas o reproducirlas para su distribución. Cuando no se trata de las personas a quienes van dirigidas las lecciones, la prohibición de divulgación y reproducción se aplica con todo su peso y en todos los supuestos posibles.

3.2 USO DE CUADROS, MAPAS, ESQUEMAS O EN GENERAL CREACIONES PLASMADAS POR EL PROFESOR EN ALGÚN TIPO DE SOPORTE FÍSICO O MAGNÉTICO, PARA FACILITAR LAS EXPLICACIONES EN CLASE

Una variante de lo mencionado líneas arriba, es la utilización de cuadros, esquemas o en general creaciones que han sido plasmadas por el profesor en algún soporte informático o físico y que son utilizadas por instituciones de enseñanza e inclusive otros profesores, sin que medie autorización de por medio.

En este caso, también se estarían infringiendo los derechos morales de paternidad, de divulgación y según el caso el de integridad de la obra. De otro lado, en cuanto a los derechos patrimoniales se estaría afectando el derecho de reproducción de la obra, y si es que se facilita esta información a otras personas como podría ocurrir en alguna institución de enseñanza o por el mismo profesor que infringe el derecho, también podría estarse afectando el derecho de distribución de la obra al público.

3.3 LA INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y EL DERECHO DE CITA

Un artículo muy importante para la labor investigadora es el derecho de cita. Una investigación debe tener necesariamente el requisito de rigurosidad científica y en consecuencia debe citarse al autor y a la fuente cuando el investigador se apoya en cualesquiera obras.

Este derecho se encuentra previsto en el artículo 44° del Decreto Legislativo 822° en los siguientes términos: “Es permitido realizar,

sin autorización del autor ni pago de remuneración, citas de obras lícitamente divulgadas, con la obligación de indicar el nombre del autor y la fuente, y a condición de que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.”

A veces ocurre que se publican libros y se presentan como propias partes de obras que ya han sido divulgadas y publicadas, lo cual sería la infracción más grosera a los derechos de autor. Sin embargo, hay otros casos más sutiles, por ejemplo cuando un autor trata los diversos temas en que consiste su obra haciendo citas de cuatro o cinco autores, de modo que su propia obra no tiene nada de original, sino que simplemente consiste en la agrupación y transcripción en cada capítulo, de las partes pertinentes de las obras de otros autores. Nos parece claro que aun cuando se esté haciendo en este caso del uso del derecho de cita, no estaríamos ante un uso honrado, dado que mediante esta práctica se estaría publicando una obra, que no es una creación intelectual propia, sino que es meramente la unión de las partes pertinentes de la creación intelectual de otros.

3.4 LOS MATERIALES DE ENSEÑANZA Y LA REPROGRAFÍA

Una práctica común en la Universidad, interesante para el análisis es la del uso de los materiales de enseñanza. Es frecuente que los materiales de enseñanza contengan para cada una de las unidades temáticas del curso, capítulos completos a veces bastante extensos de obras de diversos autores. Inclusive, a veces ocurre que la obra de un solo autor, es tomada en varios de sus capítulos para completar los materiales de enseñanza. También ocurre que estos mismos materiales son puestos a la venta por las Universidades a un precio más allá del costo de reproducción por reprografía de las obras. Es clara la infracción a los derechos de autor en este caso, tanto por la reproducción en sí de las obras en los materiales de enseñanza, como por la venta de ellos.

El límite a los derechos de explotación que establece la Ley, no son tan amplios como para comprender los diversos supuestos mencionados.

El artículo 43º del Decreto Legislativo 822º establece que:

Respecto de las obras ya divulgadas lícitamente, es permitida sin autorización del autor:

La reproducción por medios reprográficos, para la enseñanza o la realización de exámenes en instituciones educativas, siempre que no haya fines de lucro y en la medida justificada por el objetivo perseguido, de artículos o de breves extractos de obras lícitamente publicadas, a condición de que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro. [...]

Como se puede apreciar, el supuesto que hemos presentado como ejemplo no contiene ninguno de los elementos que serían necesarios para que se pueda considerar esa práctica dentro de los límites al derecho de explotación.

3.5 ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN DE LOS DOCENTES Y EL DERECHO DE AUTOR

3.5.1 ACTIVIDADES DE INVESTIGACIÓN INDIVIDUALES

Las actividades de investigación individuales no presentan mayor problema por cuanto es el propio investigador quien llega a la plasmación de una determinada obra, y se convierte en autor de ella. El autor es el titular originario de los derechos exclusivos sobre la obra, tanto del orden moral como del orden patrimonial.

3.5.2 EL TRABAJO EN TALLERES DE INVESTIGACIÓN

Es común que en las Universidades se realicen trabajos en los llamados Talleres de Investigación. La idea es que la investigación se realice por los alumnos bajo la asistencia de un profesor o Maestro. Es probable que tanto el tema, como el planteamiento hayan sido ideados o por lo menos revisados y/o modificados por el Maestro. Además, inclusive puede ocurrir que la obra sea resultado del trabajo de diferentes grupos de alumnos que se suceden en el tiempo y que realizan el trabajo con la asistencia del Maestro. Es decir, un grupo de alumnos avanza en la investigación hasta un punto y

luego continúa otro grupo y otro, etc. hasta que se haya terminado con la obra.

Esta situación plantea la interrogante de quién sería el autor de la obra que fuera resultado de la actividad de investigación en Talleres como el descrito. Dado que evidentemente no se trata de una obra creada por un esfuerzo de una sola persona, necesariamente tiene que examinarse cuál es el régimen de la obra en colaboración y de la obra colectiva, y así determinar cuál es la que mejor se adecuaría a esta circunstancia.

El artículo 2º, numeral 21 del Decreto Legislativo 822º presenta una definición de obra en colaboración como: "La creada conjuntamente por dos o más personas físicas." Conforme a este artículo, es evidente que no estaría comprendida aquí, por ejemplo, una simple yuxtaposición de diferentes investigaciones hechas por los alumnos que se presenten en un único libro. Para que sea una obra en colaboración, ella debe haber sido elaborada en conjunto. Tal como se ha planteado el caso, el supuesto de las obras en colaboración no sería aplicable, dado que lo que ocurre en los trabajos realizados en un Taller de Investigación por lo general es que se realiza un trabajo conjunto y acumulativo en la investigación.

Con ello, quedaría por determinar si la obra producida en un Taller de Investigación, con las características que hemos señalado podría encuadrarse como una obra colectiva. Conforme al artículo 2º, inciso 22º del Decreto Legislativo 822º, la obra colectiva es:

La creada por varios autores, por iniciativa y bajo la coordinación de una persona, natural o jurídica, que la divulga y publica bajo su dirección y nombre y en la que, o no es posible identificar a los autores, o sus diferentes contribuciones se funden de tal modo en el conjunto, con vistas al cual ha sido concebida, que no es posible atribuir a cada uno de ellos un derecho individual sobre el conjunto realizado.

En el caso presentado, es claro o por lo menos bastante probable que las diferentes contribuciones tanto de los alumnos como del profesor estén fundidas en una sola obra. El otro aspecto para que estemos dentro del supuesto de una obra colectiva es que la obra sea creada por iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural,

natural o jurídica, que la divulga y publica bajo su dirección y nombre. Aquí deberá hacerse una distinción de si por ejemplo, el Taller de investigación tiene como fin y está organizado a efectos de la creación, divulgación y publicación de la obra, en cuyo caso sería la Universidad a la que en virtud del artículo 15º del Decreto Legislativo 822º, se entendería que se han cedido en forma ilimitada y exclusiva la titularidad de los derechos patrimoniales.

En efecto, tal artículo establece que: “En la obra colectiva se presume, salvo prueba en contrario, que los autores han cedido en forma ilimitada y exclusiva la titularidad de los derechos patrimoniales a la persona natural o jurídica que la publica o divulga con su propio nombre, quien queda igualmente facultada para ejercer los derechos morales sobre la obra.” Es necesario puntualizar que aun cuando determinados casos puedan encuadrar en el supuesto de la obra colectiva, estamos ante una presunción *juris tantum*, es decir cabe la prueba en contrario. Además también es necesario precisar que en nuestra opinión se estaría ante una obra colectiva aun cuando se haya cumplido sólo el requisito de la divulgación de la obra y no de la publicación, pues el hecho de la publicación o no, no cambia en nada la naturaleza de colectiva que tenga una obra.

3.5.3 LAS ACTIVIDADES DE ASESORÍA DE INVESTIGACIÓN

Una actividad regular realizada por profesores que está íntimamente relacionada con la investigación, es la asesoría que brindan los profesores sea en la elaboración de la Tesis o en trabajos monográficos. A veces se ha sostenido que podría haber una coautoría en este tipo de trabajos pues el profesor también da ideas que se plasman en la elaboración del trabajo o Tesis. Nuestra posición es que – en principio – las labores de asesoría no pueden implicar de ninguna manera la realización o participación en el trabajo o Tesis, de lo que se desprende que una coautoría estaría descartada. Sin embargo, dependiendo de la modalidad de investigación que se esté llevando a cabo y/o esté permitida en la Universidad, cabe la posibilidad que se haya pactado una coautoría o se haya establecido que se tratará de un caso de obra en colaboración o de obra colectiva.

3.6 ÁMBITO DE PROTECCIÓN EN CASO DE CREACIONES DE PROGRAMAS DE ORDENADOR

El artículo 69º del Decreto Legislativo 822º, establece que los programas de ordenador se protegen en los mismos términos que las obras literarias, extendiéndose su protección a todas sus formas de protección, tanto a los programas operativos como a los aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto.

En el ámbito universitario, es usual que estudiantes y profesores de ingeniería de sistemas o áreas afines, desarrollen programas de ordenador, surgiendo la dificultad de a quién corresponde la titularidad de dichos programas. Es necesario determinar la forma de participación de cada uno de los que los ha desarrollado como también la forma de inserción de este trabajo en algún proyecto liderado o financiado por la universidad.

Al respecto, el Decreto 822º contiene dos importantes presunciones:

Art. 70º. Se presume, salvo pacto en contrario, que es productor del programa de ordenador, la persona natural o jurídica que aparezca indicada como tal en la obra de la manera acostumbrada.

Art. 71º. Se presume, salvo pacto en contrario, que los autores del programa de ordenador han cedido al productor, en forma ilimitada y exclusiva, por toda su duración, los derechos patrimoniales reconocidos en la presente Ley, e implica la autorización para decidir sobre la divulgación del programa y la de defender los derechos morales sobre la obra.

Los autores, salvo pacto en contrario, no pueden oponerse a que el productor realice o autorice la realización de modificaciones o versiones sucesivas del programa, ni de programas derivados del mismo.

Para poder determinar el alcance de los derechos en una situación de creación de un programa de ordenador al interior de una universidad, habrá que determinar primero si ella tiene la calidad de productora, es decir si ha tenido la iniciativa, coordinación y responsabilidad en la producción del programa. Ello podrá saberse de cómo

ha surgido la investigación que ha desembocado en la creación del programa, si se han utilizado los medios y recursos proporcionados por la misma universidad o si la investigación nace dentro de una de sus políticas expresas de incentivo al desarrollo de *software*.

Hay que notar que la presunción a favor del productor, es una presunción *juris tantum*, que admite prueba en contrario, por lo que los estudiantes y docentes siempre tienen la posibilidad de retener los derechos que les pudieran corresponder. Lo importante en este punto, es que todos los actores involucrados en la creación y desarrollo del programa de ordenador, tengan claro desde el inicio de su trabajo, los derechos que les corresponden según la legislación vigente.

4 CONCLUSIONES

De la revisión que se ha hecho de los diferentes supuestos de actividades académicas universitarias, puede concluirse que la legislación sobre derechos de autor vigente, es adecuada para amparar los derechos que sobre sus creaciones intelectuales tienen los investigadores, profesores y estudiantes.

Sin embargo, para un reconocimiento efectivo de los derechos de autor al interior del claustro universitario, es muy importante una mayor conciencia del respeto que debe existir en relación a las creaciones intelectuales ajenas, lo cual sólo puede lograrse mejorando la educación. En este propósito, toda la sociedad, y en particular las universidades, tienen una tarea clave por realizar.

BIBLIOGRAFÍA

Delia Lipszyc. Derechos de autor y derechos conexos, 933 páginas, Ediciones Unesco – Cerlalc-Zavalia, 1993, Buenos Aires-Argentina.

Ricardo Antequera y Marysol Ferreyros. El nuevo derecho de autor en el Perú, 548 páginas, Perú Reporting, 1996, Lima-Perú.

Carlos A. Cornejo Guerrero. Derecho de Marcas, 565 páginas. Editorial Cultural Cuzco S.A.C, Segunda Edición, 2007, Lima-Perú.

